

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil diecinueve (2019).

El Tribunal de Arbitraje integrado para dirimir las controversias suscitadas entre la **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR - COLJUEGOS**, como Parte Convocante y convocada en reconvención, e **IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S.)**, como Parte Convocada y convocante en reconvención, de manera unánime profiere el presente Laudo arbitral en Derecho, después de verificar que se cumplieron en debida forma todas las etapas que la normatividad vigente (Ley 1563 de 2012 y demás normas complementarias) prevé y ordena para el desarrollo de los procesos arbitrales, con lo cual le pone fin al conflicto jurídico que las Partes sometieron a su conocimiento.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL LITIGIO Y TRÁMITE DEL PROCESO

1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO

1.1.- LA PARTE CONVOCANTE (Y CONVOCADA EN RECONVENCIÓN).

COLJUEGOS, Empresa Industrial y Comercial del Estado, Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, creada mediante el Decreto Extraordinario 4142 de 3 de noviembre del 2011, como empresa descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, para la explotación, administración, operación y expedición de reglamentos de los juegos que hagan parte del monopolio rentístico sobre los juegos de suerte y azar que por disposición legal no sean atribuidos a otra entidad. La representación judicial de COLJUEGOS la ejerce JUAN BAUTISTA PEREZ HIDALGO, como Presidente de la entidad.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

COLJUEGOS comenzó a funcionar el 6 de marzo de 2012¹ y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 21 del Decreto 4142 de 2011, continuó ejecutando los contratos y convenios vigentes celebrados por la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD – ETESA EN LIQUIDACIÓN, entre ellos el contrato 887 de 2011, objeto del presente proceso.

1.2.- LA PARTE CONVOCADA (Y CONVOCANTE EN RECONVENCIÓN).

IGT GAMES S.A.S (antes GTECH S.A.S.), sociedad constituida por documento privado de asamblea de accionistas de 9 de junio de 2011, inscrito el 10 de junio de 2011 bajo el número 01486834 del libro IX, con el exclusivo objeto social de *"suscribir y ejecutar el contrato de concesión al que se refiere la licitación pública No. 001 de 2011 abierta por la empresa territorial para la salud, ETESA EN LIQUIDACIÓN, para la adjudicación de un (1) contrato de concesión cuyo objeto será la concesión de la explotación y operación en todo el territorio nacional, con exclusividad, del juego de suerte y azar sistematizado, en línea y tiempo real tipo novedoso denominado loto en línea Baloto..."*, con NIT 900442150-8, y domicilio en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por su gerente, señor Mateo Villamil.

2.- EL PACTO ARBITRAL.

En la cláusula vigésima novena del Contrato de Concesión 887 de 2011, para la ejecución del juego de suerte y azar tipo novedoso, sistematizado, en línea y tiempo real denominado LOTO EN LÍNEA-BALOTO, celebrado entre la Empresa Territorial para la Salud ETESA EN LIQUIDACIÓN y la sociedad GTECH S.A.S., aparece el pacto arbitral, el cual a la letra señala:

"VIGÉSIMA NOVENA: SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.- de conformidad con los artículos 68 y siguientes de la Ley 80 de 1993, las partes acuerdan el siguiente procedimiento de solución directa de conflictos: a) En caso de incumplimiento de cualquiera de las partes, será necesario notificar dicho incumplimiento a la parte que incumplió, para lo cual la parte que incumpla tendrá un término de quince (15) días hábiles, para corregir dicho incumplimiento. Si el incumplimiento no se soluciona dentro del

¹ Por virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 4142 de 3 de noviembre de 2011, ETESA EN LIQUIDACIÓN y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, continuaron ejerciendo sus facultades legales en relación con las funciones atribuidas a COLJUEGOS en ese Decreto, hasta cuando esa empresa entró en funcionamiento.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

plazo anteriormente fijado, deberá demostrarse que dentro de dicho plazo, la parte respectiva, inició las gestiones tendientes a su solución, de tal manera que el incumplimiento no se soluciona dentro de los quince (15) días hábiles siguientes. Si el incumplimiento no se soluciona dentro del plazo anteriormente establecido, se considerará que se ha incumplido el contrato. Así mismo, en caso de que el incumplimiento se deba a dificultades técnicas que requieran un tiempo mayor para su solución, y el mismo no haya sido remediado dentro del plazo de los treinta (30) días hábiles anteriormente mencionados, pero la parte que incumplió ha tomado medidas tendientes a solucionar dicho incumplimiento, entonces el término para solucionar el incumplimiento se extenderá en diez (10) días hábiles adicionales. b) En caso de desacuerdo entre las partes, sobre la ocurrencia de cualquiera de las situaciones descritas anteriormente o que se presenten conflictos entre ellas, éstas acuerdan que dichas controversias se someterán en Primera Instancia a la discusión entre el Gerente designado por el CONCESIONARIO y la persona que para estos efectos designe el Liquidador de ETESA en liquidación. En caso que dentro de un término de quince (15) días hábiles desde el momento en que una parte notificó a la otra del conflicto o desacuerdo no se ha llegado a un acuerdo o no sea nombrado el designado por cualquiera de las partes, el problema será sometido discusión por parte del Liquidador de ETESA EN LIQUIDACIÓN y su equivalente dentro de la estructura del CONCESIONARIO. Si las anteriores personas no pueden llegar a un acuerdo en el término de treinta (30) días hábiles desde el momento en que les fue sometido a su consideración el conflicto o desacuerdo cualquiera de las partes podrá acudir al mecanismo de Arbitramento previsto en esta cláusula. c) Los conflictos que llegaren a surgir con ocasión de la celebración del presente contrato, de su desarrollo ejecución, terminación o liquidación, previó el cumplimiento del procedimiento de resolución directa de conflictos anteriormente descritos, serán sometidos a la decisión de un tribunal de arbitramento, de conformidad con lo previsto en las leyes colombianas, integrado por tres (3) árbitros abogados, quienes fallaran en derecho y serán designados de mutuo acuerdo por las mismas partes o en su defecto, por la Cámara de Comercio de Bogotá, en cuyo Centro de Arbitraje y Conciliación, funcionará. Los costos del Tribunal serán asumidos por partes iguales.”

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

3.- SÍNTESIS DE LAS ACTUACIONES SURTIDAS EN LA ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO.

Las actuaciones adelantadas en el presente proceso arbitral fueron, en síntesis, las siguientes:

3.1.- Por conducto de apoderada judicial, la EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – COLJUEGOS (en adelante simplemente COLJUEGOS, la Convocante o la Demandante), presentó el día 17 de noviembre de 2015 demanda arbitral en contra de IGT GAMES S.A.S. -antes GTECH S.A.S.- (en adelante simplemente IGT GAMES, la Convocada o la Demandada).

3.2.- Agotado el trámite de la designación de árbitros, fueron nombrados los doctores Alejandro Venegas Franco, Arturo Solarte Rodríguez y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 7 de marzo de 2016 (Acta No. 1). En esta audiencia, el Tribunal, además de declararse debidamente instalado y de designar a su Presidente, fijó como su sede y la de su Secretaría al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y designó Secretario, éste último de la lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien oportunamente aceptó el nombramiento y tomó posesión dando cumplimiento al deber de información consagrado en la Ley.

3.3.- En desarrollo de la audiencia de instalación fue inadmitida por el Tribunal la demanda presentada, con el fin de que se diera cumplimiento al artículo 206 del Código General del Proceso. Posteriormente la parte Convocante subsanó la demanda en tiempo el día 14 de marzo de 2016, razón por la cual el Tribunal mediante Auto No. 3 resolvió admitir la demanda (Acta No. 2)

3.4.- La secretaría del Tribunal realizó las notificaciones correspondientes de conformidad con el artículo 612 del Código General del Proceso a IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S).

3.5.- El día 6 de mayo de 2016, el apoderado de la sociedad Convocada presentó un memorial mediante el cual solicitó que de conformidad con el numeral 5 del artículo 175 del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (CPACA) se ampliara el término para contestar la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

demanda por el término de 30 días, lo cual se denegó mediante Auto No. 4 (Acta No. 4) de 16 de mayo de 2016.

3.6.- El día 23 de mayo de 2016, el apoderado de la parte Convocada presentó en tiempo escrito de contestación de la demanda y también demanda de reconvencción en contra de COLJUEGOS.

3.7.- Mediante Auto No. 5 (Acta No. 4) de 9 de junio de 2016, el Tribunal Arbitral admitió la demanda de reconvencción presentada por IGT GAMES, y ordenó realizar la notificación en los términos del artículo 612 del Código General del Proceso a COLJUEGOS. La secretaría del Tribunal realizó las notificaciones correspondientes de conformidad con el artículo 612 del Código General del Proceso a IGT GAMES, a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

3.8.- El día 17 de agosto de 2016, la apoderada de la parte Convocante presentó escrito de contestación de la demanda de reconvencción y formuló excepciones de mérito.

3.9.- Mediante Auto No. 6 (Acta 5), el Tribunal corrió traslado de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la demanda y en la contestación de la demanda de reconvencción, así como de la objeción al juramento estimatorio formulado por la Convocada. En el mismo auto se fijó fecha para audiencia de conciliación para el día 22 de septiembre de 2016.

3.10.- Mediante memorial conjunto, las partes del proceso solicitaron la suspensión del trámite, entre los días 15 de septiembre de 2016 y 10 de octubre siguiente. Por lo anterior, mediante Auto No. 7 (Acta No. 6) el Tribunal decretó la suspensión solicitada y fijó como nueva fecha para audiencia de conciliación el día 25 de octubre de 2016.

3.11.- Las partes del proceso solicitaron de manera conjunta la suspensión del proceso entre los días 24 de octubre de 2016 y 7 de noviembre de 2016, lo cual se aceptó por el Tribunal mediante Auto No. 8 (Acta No. 7)

3.12.- El día 15 de noviembre de 2016, la parte Convocante radicó en la secretaría del Tribunal un escrito de reforma de la demanda, en el cual integraba la demanda inicial junto con las adiciones y reformas que a ella se incorporaron. En la misma se incluían nuevas pretensiones, nuevos hechos y se

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

incluía como integrantes de la parte Convocada a las sociedades IGT COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA (antes GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA - GTECH COMUNICACIONES), IGT FOREIGN HOLDINGS CORPORATION-SUCURSAL COLOMBIA (antes GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION-SUCURSAL COLOMBIA (GTECH COLOMBIA) e IGT GLOBAL SERVICES COPORATION LIMITED (antes GTECH GLOBAL SERVICES COPORATION LIMITED —GTECH GLOBAL—.

3.13.- El día 15 de diciembre de 2016, los apoderados de las partes solicitaron conjuntamente la suspensión del proceso entre los días 15 de diciembre de 2016 y el 16 de enero de 2017.

3.14.- El Tribunal Arbitral por Auto No. 9 (Acta No. 8) de 15 de diciembre de 2016, dispuso que "*[p]revio a decidir lo que corresponda se ordena a la parte Convocante que aporte un certificado de existencia y representación legal de la sociedad GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED*", y decretó la suspensión del proceso entre los días referidos en el numeral anterior. El día 20 de enero de 2017, la apoderada de la Convocante presentó el documento requerido por el Tribunal en el Auto No. 9.

3.15.- Mediante Auto No 10 (Acta No. 9) de 7 de febrero de 2017, el Tribunal inadmitió la reforma de la demanda pues "*[u]na vez analizado el escrito de reforma de la demanda presentado por la apoderada de la parte Convocante, el Tribunal observa que no se ha dado cumplimiento a la disposición antes transcrita, en especial en lo relativo a la cuantificación en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso de las pretensiones incluidas en la reforma de la demanda relacionadas con el uso de la marca Baloto, razón por la cual procederá a inadmitir la reforma de la demanda presentada con el fin de que se dé cumplimiento a lo preceptuado en el numeral 7º del artículo 82 del Código General del Proceso que dispone que el juramento estimatorio es un requisito de admisibilidad de la demanda, cuando sea necesario, como [en] efecto ocurre en relación con las pretensiones a que se ha hecho referencia.*"

3.16.- El día 9 de febrero de 2017, en los términos del artículo 23 de la ley 1563 de 2012, se notificó el auto indicado en el numeral anterior, mediante el cual se inadmitió la reforma de la demanda.

3.17.- El día 16 de febrero de 2017, la apoderada de la parte Convocante, en el quinto (5º) día hábil del término concedido para subsanar la deficiencia

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

advertida en el auto inadmisorio de la reforma de la demanda, presentó un escrito en el que manifestó que procedía a dar cumplimiento a lo previsto por el Tribunal en el Auto No. 10 del 7 de febrero de 2017, para efectos de lo cual estimó bajo la gravedad de juramento las pretensiones incorporadas en la reforma de la demanda sin hacer mención específica a las pretensiones incorporadas en la reforma atinentes al uso de la marca Baloto. Al día siguiente, 17 de febrero de 2017, la apoderada de la parte Convocante presentó un memorial en la secretaría del Tribunal en el que manifestó su intención de realizar un retiro parcial de la demanda reformada, presentada el día 15 de noviembre de 2016, en particular respecto de las pretensiones declarativas 4.1.1.25, 4.1.1.26, 4.1.1.27., 4.1.1.28. 4.1.1.28., y de condena 4.1.2.4. y 4.1.2.5., *"todas referidas al aprovechamiento injusto del prestigio de la marca notoria BALOTO para buscar reconocimiento y posicionamiento de la marca VIA"*, para señalar, en el cierre del escrito, que solicitaba *"al Tribunal tener en cuenta el retiro parcial de la demanda que se hace en esta oportunidad, en la valoración del requisito del juramento estimatorio"*.

3.18.- El día 9 de marzo de 2017, el apoderado de la parte Convocada, presentó un memorial mediante el cual solicitó que se rechazara la reforma de la demanda por cuanto no se subsanaron en término las deficiencias indicadas en el auto inadmisorio.

3.19.- Después de varios aplazamientos formulados de común acuerdo por las partes, en audiencia de 15 de marzo de 2017, se profirió el Auto No. 13 (Acta No. 12), mediante el cual se rechazó la reforma de la demanda, por no haberse dado cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal, toda vez que la subsanación presentada por la parte Convocante no incorporó el juramento estimatorio de las pretensiones indemnizatorias relacionadas con la marca Baloto, que era el requisito extrañado por el Tribunal, situación ésta que no se modificaba porque al día siguiente del vencimiento del término establecido para la subsanación se hubiera radicado un escrito de *"retiro parcial"* de la reforma de la demanda.

3.20.- Contra dicha providencia se interpuso recurso de reposición por la parte Convocante, el cual se sustentó, en síntesis, en que, como en este caso se reprochaba no haber subsanado el requisito específico del juramento estimatorio respecto de unas pretensiones particulares, *"la única consecuencia es el rechazo parcial de la demanda en relación con la pretensión acumulada afectada por el defecto que impide su admisión"*,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

además de lo cual, se indicó, las pretensiones relacionadas con el uso indebido de la marca Baloto fueron objeto de supresión por cuanto el día 17 de febrero de 2017 se hizo una *manifestación expresa por parte de Coljuegos en el sentido de retirar parcialmente la reforma a la demanda*". Con ese fundamento, la Convocante solicitó revocar el auto recurrido y, en su lugar, adoptar alguna de las decisiones que el ordenamiento faculta tomar en estos supuestos, entre ellas, la de rechazar parcialmente la reforma de la demanda. En cumplimiento de lo previsto en el Código General del Proceso se dio traslado en audiencia a la Convocada y al Ministerio Público.

3.21.- Mediante Auto No. 14 (Acta No. 12) del 15 de marzo de 2017, se denegó el recurso de reposición interpuesto contra el Auto No. 13, toda vez que, entre otras de las razones esgrimidas por el Tribunal, a pesar de que en el auto indamisatorio de la reforma de la demanda se indicó de manera expresa lo que se requería subsanar, este aspecto no fue atendido en el escrito presentado por la Convocante; y se indicó también que, una vez transcurrido el término establecido para la subsanación, de no haberse cumplido con lo requerido procede únicamente el rechazo de la reforma de la demanda, lo que conlleva que no resulte admisible procesalmente la figura de la admisión parcial o el rechazo parcial de la demanda, ni su retiro parcial, una vez vencido el término para subsanar previsto en el artículo 90 del Código General del Proceso.

3.22.- Las partes radicarón un memorial el 21 de marzo de 2017, mediante el cual solicitaron la suspensión del proceso entre los días 17 de marzo de 2017 y el 31 de marzo de 2017, ambas fechas inclusive. Por Auto No. 15 (Acta No. 13) de 21 de marzo de 2017, el Tribunal suspendió el proceso en los términos requeridos por las partes y fijó como fecha para la audiencia de conciliación el día 3 de abril de 2017, la cual no se realizó, toda vez que las partes presentaron un memorial el día 31 de marzo de 2017, solicitando la suspensión del proceso entre los días 31 de marzo de 2017 y 21 de abril de 2017, ambas fechas inclusive, suspensión que se decretó mediante Auto No. 16 (Acta No. 14) de 31 de marzo de 2017 y se fijó como nueva fecha para la audiencia de conciliación el día 26 de abril de 2017. Posteriormente, el día 19 de abril de 2017, las partes solicitaron nuevamente la suspensión del proceso entre los días 22 de abril de 2017 y 28 de abril de 2017, siendo decretada mediante Auto No. 17 de 24 de abril de 2017, fijándose como fecha para la audiencia de conciliación el día 8 de mayo de 2017.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

3.23.- El día 8 de mayo de 2017, la parte Convocada presentó un escrito de reforma de la demanda de reconvención, la cual fue admitida por el Tribunal por Auto No. 18 (Acta No. 16) de 15 de mayo de 2017, y se ordenó notificar y correr el traslado correspondiente a la parte Convocante (demandada en reconvención). La notificación se realizó el día 16 de mayo de 2017.

3.24.- El día 31 de mayo de 2017, la parte Convocante radicó escrito de contestación de la reforma de la demanda de reconvención y el día 1 de junio de 2017, por secretaría se corrió traslado de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención. La parte Convocada describió el traslado de las excepciones de mérito y solicitó pruebas. La parte Convocante se pronunció mediante memorial de fecha 13 de junio de 2017 respecto del escrito de excepciones presentado.

3.25.- El día 14 de junio de 2017, luego de que se señalara fecha y hora para el efecto, se dio inicio a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, en la que las partes manifestaron que no fue posible lograr un acuerdo entre ellas, razón por la cual, mediante auto de la misma fecha, el Tribunal declaró fallida la etapa de conciliación, dio por terminada dicha fase y en cumplimiento de su deber procedió a fijar los honorarios y gastos del proceso, cuyo pago fue realizado oportunamente por ambas partes.

3.26.- El día 11 de julio de 2017, el apoderado de la parte Convocada presentó un memorial oponiéndose al memorial presentado por la parte Convocante de fecha 13 de junio del 2017.

4.- LA SOLICITUD DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO.

4.1.- El 12 de julio de 2017 se fijó como fecha para la primera audiencia de trámite, y en su desarrollo la parte Convocante formuló una solicitud de integración de Litis consorcio necesario. El Tribunal mediante Auto No. 22 (Acta No. 19), ordenó a la parte Convocante que dentro del término de los tres (3) días hábiles siguientes formulara debidamente sustentada la solicitud de integración presentada en audiencia y que de la misma se corriera traslado a la parte Convocada y al Ministerio Público por el término de tres (3) días. El día 7 de julio de 2017, la apoderada de la parte Convocante presentó el escrito mediante el cual solicitó integración del litis consorcio necesario y la vinculación

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

de las sociedades IGT COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA (antes GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA - GTECH COMUNICACIONES), IGT FOREIGN HOLDINGS CORPORATION-SUCURSAL COLOMBIA (antes GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION-SUCURSAL COLOMBIA (GTECH COLOMBIA) e IGT GLOBAL SERVICES COPORATION LIMITED (antes GTECH GLOBAL SERVICES COPORATION LIMITED —GTECH GLOBAL—. El representante del Ministerio Público presentó un memorial describiendo el traslado de la solicitud de integración del litis consorcio necesario formulada y la parte Convocada, el día 24 de julio de 2017, presentó un memorial oponiéndose a dicha solicitud.

4.2. La solicitud formulada por la parte Convocante, tal como se incluyó en el texto del Auto No. 23 de 28 de julio de 2017, se fundamentó en los siguientes argumentos:

*"- Las sociedades **GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA., GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA IGT e IGT-SAS,** integran la parte contratista del Contrato de Concesión 887 de 2011, al haber presentado la propuesta dentro del proceso licitatorio 001 de 2011 en calidad de promitentes de la sociedad futura **IGT-SAS** como constituyentes de ésta.*

*"- A la luz del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, las sociedades **GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA., GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION– SUCURSAL COLOMBIA IGT** responden solidariamente de todas y cada una de las actuaciones, hechos, omisiones y obligaciones surgidas de la propuesta y el Contrato.*

*"- Tal como lo establece el inciso final del artículo 36 de la Ley 1563 de 2012, las sociedades **GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA., GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA IGT** tienen la condición de litisconsortes necesarios de la sociedad Convocada por "haber sido las promitentes de sociedad futura que presentaron la propuesta beneficiada con la adjudicación en el proceso licitatorio 001 de 2011 y a su vez ser las socias de la sociedad de objeto único GTECH S.A.S."*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*"- Para la solicitante existe una relación única sustancial entre las sociedades **GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA., GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA IGT e IGT-SAS y COLJUEGOS** regida por el Contrato y, en consecuencia, "cualquier declaración sobre el contenido y alcances de la propuesta y del clausulado contractual en su conten[ido] e interpretación, así como con el cumplimiento del contrato, tendrá efectos de cosa juzgada frente a las Sociedades IGT".*

*"- El laudo arbitral que se habrá de proferir dentro del presente proceso, afecta a las sociedades **GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA., GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA IGT**, debido a que la decisión versará sobre la interpretación y alcance del pliego de condiciones y del contenido obligacional del Contrato; así mismo las sociedades antes referidas "quedarán cobijadas con la declaración de incumplimiento que se haga en tal laudo".*

*"- Cualquier decisión judicial en relación con el proceso licitatorio o el contrato cobija a las sociedades **GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA., GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA IGT** con efectos de cosa juzgada y "su no vinculación conduce inexorablemente a un fallo inhibitorio".*

"- En relación con la determinación del alcance de la propuesta presentada dentro del proceso licitatorio que dio lugar al Contrato de Concesión 887 de 2011, señaló que no puede determinarse el alcance de la propuesta presentada dentro proceso licitatorio o de las cláusulas del Contrato sin la comparecencia de las sociedades que se solicita vincular como litisconsortes necesarios, razón por la cual los efectos de la decisión son inescindibles para todos los vinculados al contrato. Por lo anterior, la decisión que se adopte en el laudo no puede fraccionarse para cada uno de los que integran la parte contratista.

*"- El pacto arbitral tiene efectos vinculantes respecto de las sociedades **GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA., GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA IGT**."*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

4.3.- El Ministerio Público, por su parte, tal como se señala en la decisión de fecha 28 de julio de 2017, solicitó que:

"(...) se accediera a la petición formulada por la parte Convocante, toda vez que la hipótesis planteada se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en especial de su parágrafo 3, que lleva a que la responsabilidad de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato sean extendidas a las socias de la sociedad de objeto único, en razón de la solidaridad consagrada por expresa disposición legal.

"El Estatuto de Contratación establece que los socios de las sociedades proyecto, como lo fue la Sociedad GTECH S.A.S, deben responder solidariamente, y se torna imposible escindir su responsabilidad patrimonial únicamente a la participación societaria. Dicha solidaridad ha sido destacada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en los conceptos 1172 de 1999 y 1283 de 2000."

De igual forma, con fundamentos doctrinales, indicó que las reglas generales de responsabilidad en los negocios jurídicos onerosos (contratos estatales, entre ellos), impiden que se diluya el compromiso de responder al Estado por los hechos acaecidos por su celebración y ejecución, bajo lo que se conoce como la teoría del "riesgo beneficio".

4.3.- La parte Convocada solicitó que se denegara la solicitud presentada, por las siguientes razones que se mencionan en el Auto antes referido:

*" - La manifestación de la Convocante resulta sorpresiva y contradictoria, debido a que en audiencia del 15 de marzo de 2017 dicha parte sostuvo una posición abiertamente distinta en relación con la vinculación de las sociedades **GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA., GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA IGT**, pues en dicha oportunidad afirmó que tales sociedades debían tenerse como litisconsortes facultativos dentro del presente trámite arbitral.*

"- Ninguna pretensión de la demanda se dirige a obtener una declaración respecto del contrato de promesa de sociedad futura GTECH S.A.S., ni condenas respecto de alguna de las sociedades (...) suscriptoras de la misma. Ni por la relación sustancial controvertida en el litigio, ni por las personas que

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*intervinieron en el Contrato, es dable considerar a las sociedades **GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA., GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA IGT** como litisconsortes necesarios de **IGT-SAS** dentro de este litigio, sin que exista entonces impedimento legal para proferir laudo de fondo. Lo anterior no implica que por disposición legal los suscriptores del contrato de promesa de sociedad futura no sean responsables solidariamente en los términos de ley, como integrantes del contrato de promesa de sociedad futura. La solidaridad pasiva, apenas crea un litisconsorte facultativo a instancia del acreedor de la prestación debida.*

*"- No se dan en el caso propuesto los requisitos de la figura de litisconsorcio necesario entre las sociedades vinculadas en la solicitud presentada y las partes de este proceso **IGT-SAS** y **COLJUEGOS**, porque la relación sustancial entre aquellas no es objeto de pretensiones en este trámite y ellas tampoco forman parte del Contrato. La relación de las sociedades **GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA., GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA IGT** con **COLJUEGOS** se limita al ámbito de la responsabilidad solidaria creada por la ley.*

"- En relación con el aspecto correspondiente a que se pueda generar a partir de las resultas de este proceso una posible inhabilidad para las mencionadas sociedades, precisó que este trámite arbitral es un proceso declarativo surgido del acuerdo de las partes contendientes y en nada se asimila a un proceso administrativo contractual sancionatorio. La configuración de una posible inhabilidad es un asunto ajeno al trámite arbitral y de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, las inhabilidades se configuran por ministerio de la ley respecto de "los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado esta inhabilidad", siempre que la sociedad haya incurrido en las conductas allí descritas y se hubiese surtido el debido proceso."

4.4.- El Tribunal, mediante Auto No. 23 de 28 de julio de 2017 (Acta No. 20), denegó la solicitud de integración del Litisconsorcio necesario con fundamento en las consideraciones que seguidamente se reseñan en lo fundamental:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"(...) encuentra entonces el Tribunal que no es de recibo la manifestación de la parte convocante en el sentido de que las sociedades IGT COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA (antes GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA.), IGT GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED (antes GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED), e IGT FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA (antes GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA), "[j]unto con la sociedad IGT GAMES S.A.S. (Antes GTECH S.A.S.), integran la parte contratista en el contrato 887 de 2011, por cuanto fueron las sociedades constituyentes de ésta y presentaron propuesta dentro del proceso licitatorio 001 de 2011 adelantado por ETESA en liquidación, en calidad de promitentes de sociedad futura cuyo objeto único era presentar la propuesta en ese proceso, firmar el contrato y ejecutarlo", pues, como se dejó sentado, las partes del contrato, desde una perspectiva sustancial y procesal, son únicamente la entidad estatal contratante y la sociedad contratista, no obstante la responsabilidad solidaria que pesa sobre los socios, en su calidad de tales, pero no porque sean parte del contrato estatal, sino porque a ellos, por ministerio de la ley, en cuanto a que así lo dispuso expresamente el legislador, se les aplica la disposición del parágrafo 3º del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, que establece una solidaridad de origen legal (art. 1568, inc. 2, del Código Civil), con miras a dotar de mayores garantías al Estado (reforzamiento), pero sin llegar a ampliar el espectro de la relación contractual propiamente dicha, integrada por las dos partes en mención, pero no por los otros sujetos, igualmente referidos, quienes no fungen estrictamente como partes.

"Aceptar la calidad de parte del contrato estatal de los socios de la sociedad de objeto único sería, por consiguiente, tanto como desconocer la realidad contractual del tipo negocial específico establecido por sus celebrantes y, sobre todo, los efectos que se producen con el surgimiento del ente societario (que no son erga omnes, sino interpartes y, por ende limitados al círculo de sus intereses y prerrogativas), y la correlativa autonomía que se predica de este con fundamento en el surgimiento de su propia personalidad jurídica una vez se dan los requisitos legales. Al respecto, téngase en cuenta el perentorio precepto contenido en el segundo inciso del artículo 98 del Código de Comercio, según el cual "[l]a sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados", disposición que resalta precisamente su 'unidad'."

(...)

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

"Se deriva de los fragmentos de doctrina antes citados, al igual que de la teleología de la norma mencionada (parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993), que el legislador, con la finalidad de otorgar garantías patrimoniales suficientes a las entidades estatales contratantes, estableció una responsabilidad solidaria en cabeza de los socios de las sociedades de objeto único, por lo que dichos sujetos están llamados a responder, in eventum, por el incumplimiento del ente societario respecto de las obligaciones adquiridas por virtud del negocio jurídico celebrado, sin que con ello se les haya otorgado o extendido la calidad de parte en el contrato estatal, la cual no puede depender de la existencia o no de 'garantes'.

"Al fin y al cabo, la puntual condición de 'parte', como ya se ha expresado, obedece a una serie de consideraciones e implicaciones de carácter sustantivo, y en su caso procesal, que no tienen cabida tratándose de las relaciones de garantía y, por contera, de los sujetos llamados a brindarlas. Bien recuerda la doctrina que en el campo de la solidaridad "Los deudores solidarios tienen entre sí la vinculación que se deriva del título que los une. Habrá entre ellos relaciones de sociedad, de mandato, de comunidad, de servicio, etc., que para cada uno tendrán medida y características"².

Garantes, de un lado, y partes, del otro, tienen pues una serie de responsabilidades y roles diversos que no permiten un indefectible encuentro genético-funcional, menos su fusión en una sola y absorbente categoría (la de parte, para todos los efectos y consideraciones). De ahí que aquellos, en estricto, no estén presentes en las dos grandes fases que de ordinario integran el contrato, en sí mismo considerado (fase formativa o de preparación, y fase ejecutiva o ulterior, sin perjuicio de la fase pos-contratual, según sea el caso), y que, por tanto, no hagan parte del contrato en sus distintos y determinantes momentos.

"Por eso, como lo ha recordado la jurisprudencia patria, la "...moderna doctrina concibe al contrato como un típico 'proceso', integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones...."³, proceso reservado no para cualquier sujeto, sino para los que genuinamente sean y actúen como partes,

² Cubides, Jorge. *Obligaciones*, p. 75 (2016).

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de agosto de 2001, Sala Civil. "Cfme. Lorenzetti, Ricardo L. Esquema de una teoría sistémica del contrato. En *contratación contemporánea*, Bogotá, Palestra Editores y Temis, 2000, pp. 33 y s.s.....".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*en el sentido jurídico del vocablo en referencia, que no se caracteriza por su plasticidad y omnicomprensión, sino por su rigurosidad y restrictividad, pues de lo contrario se desnaturalizaría el prístino sentido y alcance de la 'efectividad contractual' (efectos internos del contrato) y, de paso, reglas como la relativa a la fuerza derivada de los contratos (pacta sunt servanda), con las excepciones de rigor (respecto a algunos terceros), según la cual "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los **contratantes**...."⁴ (se destaca), y obviamente no para los que no lo sean, puesto que no todos los que tengan alguna vinculación, o interés respecto del mismo, inexorablemente serán, o adquirirán la calidad concreta de parte.*

"Bien anota la doctrina especializada que "Como partes del contrato han de considerarse lógicamente las personas que han emitido una declaración de voluntad o han realizado los comportamientos constitutivos del negocio y que son además titulares de los intereses reglamentados por él. En los contratos concluidos por medio de representante con poder de representación suficiente o, en otro caso, ratificados por el principal, la parte del contrato es el representado o dominus negotii"⁵.

"Obsérvese a este respecto que la mención del parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 es precisa en cuanto a que la asimilación de la situación de los socios de la sociedad de objeto único con los integrantes de un consorcio se hace respecto de la "responsabilidad y sus efectos", y precisamente la solidaridad a la que alude el numeral 1 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 se refiere a "todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato". Es claro, entonces, que los socios responden solidariamente de las obligaciones de la sociedad de objeto único, pero a ellos no se les extienden los derechos y demás prerrogativas derivadas del contrato, con lo cual se evidencia

⁴ Artículo 1602 del C.C.

⁵ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, T.I. Thomson Civitas, p. 522 (2007), quien ya había expresado que "Si el efecto de un contrato no es, simplemente, la realización de la voluntad de los particulares o la inserción de esta voluntad en el plano de la realidad, ¿qué es lo que acontece cuando un contrato ha sido celebrado?. En rigor, lo que hay aquí es una instauración de la reglamentación de intereses contenida en el contrato y la elevación de dicha reglamentación a la categoría de precepto jurídico. Por ello, de manera inmediata, el efecto del contrato consiste la necesidad de que las partes ajusten su conducta ulterior a esa reglamentación. Hay, pues, inmediatamente, un deber de respeto o un deber de observancia del contrato. Las partes tienen que cumplir todo aquello que el contrato les impone"(op.cit, p. 518).

En sentido análogo, el profesor Rubén Stiglitz, observa que "...partes del contrato son aquellos que formulan un 'acuerdo sobre una declaración de voluntad común'....Son quienes participan (concurren) a la formación del consentimiento y al perfeccionamiento y ejecución del contrato en carácter de **titulares de los efectos que nacen del contrato**". *Contratos civiles y comerciales*, T.I, p. 507 (1998) (se destaca).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

y confirma que a dichos sujetos no se les considera parte del contrato, sino simplemente garantes del cumplimiento de sus obligaciones, tarea que, por lo demás, rectamente entendida, sólo ha de circunscribirse a la de caucionar dicho cumplimiento, garantía que, de antemano, al momento de la celebración del acuerdo negocial, no se sabe si tendrá o no lugar, concretamente efectividad, por estar sujeta a una contingencia, a diferencia de las partes que desde el comienzo, a menudo, asumen compromisos actuales, a la vez que presentes, y no sólo futuros y condicionales, amén que, en este supuesto, con objeto único.

"Ahora bien, en relación con la solidaridad pasiva y la incidencia que dicha figura tiene frente a la integración del contradictorio, el Consejo de Estado, con base en el análisis de los efectos de este tipo de vínculos obligatorios, ha señalado lo siguiente en providencia que por su importancia se transcribe in extenso:

*"Se aprecia, sin duda, que la solidaridad pasiva es uno de los más eficaces medios para asegurar la satisfacción de una deuda, en tanto **confiere al acreedor la facultad de perseguir la totalidad de su crédito de varios patrimonios de los deudores solidarios** y por ende dentro de los efectos que rigen esa relación externa con el acreedor, se encuentran, entre otros, los siguientes:*

i.)- El acreedor puede dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, para exigir la totalidad de la deuda, sin que ninguno de éstos le pueda oponer el beneficio de división o el fraccionamiento de la responsabilidad en el pago de la prestación, de conformidad con lo previsto en el artículo 1571 del Código Civil. Ello implica que la solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva dentro del proceso judicial;

ii.)- El acreedor, en consecuencia, es libre de demandar a todos los obligados de manera simultánea o sucesiva, hasta la satisfacción íntegra de la deuda, pues cuando demanda a uno o a varios no pierde el derecho para perseguir a los demás por el saldo insoluto (art. 1572 c.c.);

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

iii.)- El acreedor puede renunciar a la solidaridad respecto de uno o de todos los deudores solidarios, de manera expresa o tácita, en este último caso como cuando, por ejemplo, demanda el acreedor a alguno de los codeudores por su cuota solamente y no se reserva la solidaridad de la obligación, aunque no extingue la acción contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad; si el acreedor consiente la división de la deuda se entiende extinguida la solidaridad (art. 1573 c.c.), aunque respecto de los ya devengados y no los futuros cuando lo debido es una pensión periódica (art.1574 c.c.);

iv.)- El pago total realizado por uno de los deudores extingue la obligación y favorece a los demás, dado que no podría el acreedor seguir demandado en tantas oportunidades como deudores existan al encontrarse satisfecha su prestación; así como el pago parcial les beneficia, pues podrá perseguir a los deudores pero con descuento del valor recibido. El deudor solidario que no hizo parte en el proceso en el que se libera de responsabilidad a uno de ellos puede invocar a su favor la cosa juzgada, excepto que la sentencia que exoneró al codeudor solidario haya sido fundamentada en razones personales; también podrá oponer las excepciones generales (pago, prescripción, etc.).

*De otra parte, aun cuando en virtud de la solidaridad cualquiera de los deudores debe cumplir toda la prestación frente al acreedor (relación externa), entre los deudores la deuda se encuentra dividida (relaciones internas)⁶. De ahí que, por lo que corresponde a las relaciones internas entre los deudores, **quien ha pagado la deuda al acreedor o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de***

⁶ "El rasgo característico, distintivo de la solidaridad es que en la relación obligatoria, o sea en las relaciones externas (entre acreedor y deudores, o deudor y acreedores), no cabe la división de los créditos y las deudas, según sea el caso, sin perjuicio de que internamente la situación de cada miembro del respectivo grupo sea autónoma, y en principio tenga una parte de la deuda y sólo esa parte." (...) En la solidaridad en general, y más visiblemente en la solidaridad pasiva, se aprecia la presencia de dos clases de relaciones: de un lado se tiene la relación externa aquella que media entre las partes, acreedora y deudora y, mirando la solidaridad pasiva, la conjunción mayúscula de los varios deudores frente al acreedor; y de otro lado están las relaciones internas, las de los varios deudores entre sí, al margen de la exposición total frente al acreedor." Cfr. Hinestrosa, Fernando, Ob. Cit. Pág. 326 y 330. (cita original de la sentencia del Consejo de Estado)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda, dependiendo del interés que tengan en relación con la misma (deudores o fiadores) y el respectivo descuento de su propia cuota si a él también se le predica algún interés en aquella; es decir, si interesa a todos los deudores solidarios la obligación, deben todos soportar con cargo a su patrimonio el pago realizado por uno de ellos al acreedor, pero si tan sólo le interesaba a uno o algunos esos finalmente son los que deben soportarlo⁷.

Ahora bien, como lo prevé el inciso tercero del artículo 1568 del Código Civil analizado, la solidaridad pasiva nace por disposición expresa de la ley, del testamento o la convención, razón por la cual sino es una excepción en el régimen civil; mientras, en contraste, en el régimen comercial, la solidaridad es la regla general, en tanto se presume de acuerdo con el artículo 825 del C. de Co., que cuando varias personas se han obligado a una misma prestación, todas ellas se han obligado solidariamente.

En este sentido, el artículo 2344 del Código Civil establece la solidaridad en la responsabilidad extracontractual, como sanción civil a una falta común que otorga una ventaja de reparación a la víctima, así:

"Artículo 2344. Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 [daños causados por la ruina de un edificio] y 2355 [daños causados por la cosa que se cae o arroja de la parte de superior de un edificio].

(...)

⁷ "Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores. "La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aún aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad." (Incisos 2 y 3 art. 1579 c.c.) (cita original de la sentencia del Consejo de Estado)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso."

Finalmente, en el régimen penal también se ha consagrado esta responsabilidad solidaria por los daños que tienen por fuente el delito; así tanto en el Código Penal de 1980 (Decreto – ley 100, Art. 105), como en el actual previsto en la Ley 599 de 2000 se estableció que "[l]os daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder..." (Art. 96).

*En conclusión, cuando existen obligaciones solidarias pasivas, **es facultad del acreedor demandar a todos los deudores solidarios conjuntamente, o a uno de ellos a su arbitrio para exigir la totalidad de la deuda, lo cual implica que la solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva dentro del proceso judicial**, y que ni el juez tenga la competencia de conformar la relación procesal litis consorcial, así como tampoco el demandado la posibilidad jurídica de solicitarla."*⁸

"Como se aprecia, es contundente el fragmento jurisprudencial antes transcrito, en el sentido de que la solidaridad pasiva no tiene como efecto la conformación de un litis consorcio necesario, situación que releva al juez de ordenar la integración del contradictorio, en cuanto que en este tipo de relaciones el proceso puede tramitarse hasta su finalización y puede proferirse sentencia de merito sin la comparecencia de todos los sujetos que hacen parte de la relación jurídica obligacional.

"No en vano, conforme lo tienen establecido la doctrina y la jurisprudencia, en el litisconsorcio necesario, también llamado por algunos 'cualificado o especial', "...debe haber una dependencia necesaria entre las varias litis o los varios negocios, en virtud de la cual el uno no pueda existir sin el otro....; en tal caso se habla de litisconsorcio necesario, en el sentido de que las dos o más litis no pueden ser decididas sino conjuntamente".⁹

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2010.

⁹ Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, Vol I, p. 389 y 391 (1973).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*"De igual modo, según lo confirma la doctrina, la dependencia en comentario, no es procesal, o de incidencia exclusivamente en los dominios del proceso, habida cuenta que "...el litisconsorcio es una unión sustancial y no meramente formal"¹⁰, lo que explica que tal unión no pueda ser cualquiera, sino que deba ser lo suficientemente sólida que forzosamente conduzca a entender en forma inequívoca que no le es posible al juez conducir el litigio y resolverlo, sino es con la presencia de todos los que la conforman, de suerte que es probable que exista alguna relación o un vínculo con otros sujetos, pero no de la entidad sustantiva necesaria que lo torne determinante y absorbente, lo que conduce a que en esta temática se proceda con cautela. Al fin de cuentas, en lo que resulte aplicable, el artículo 1619 del C.C, dispone en el campo de la interpretación de los negocios jurídicos, que "Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la **materia** sobre la que se ha contratado" (se destaca).*

"Con fundamento en lo anterior, no cabe duda al Tribunal que el hecho de que las sociedades IGT COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA (antes GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA.), IGT GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED (antes GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED), e IGT FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA (antes GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA), estén llamadas a responder solidariamente por el eventual incumplimiento de las obligaciones a cargo de la convocada IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S.), en su calidad de socias de una sociedad de objeto único, en manera alguna impone la comparecencia forzosa de dichas sociedades al proceso, al no conformarse entre ellas un litis consorcio necesario".

(...)

"En otros términos, el Tribunal observa que el debate sometido a su determinación se vincula con la ejecución del contrato y halla en la etapa preparatoria elementos de importancia para efectos de interpretar el alcance de los compromisos de las partes del contrato de concesión 887 de 2011. Pero de allí no se sigue que los promitentes constituyentes de sociedad futura hayan

¹⁰ Guasp, Jaime. *Derecho procesal civil*, p. 202 (1968)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

indefectiblemente de vincularse como parte al proceso para que la controversia pueda tramitarse y decidirse."

(...)

"De manera sobreviniente y en ejercicio de las opciones que otorga a las partes el ordenamiento jurídico procesal, el 12 de julio de 2017 la demandante señala como necesaria la vinculación de aquellos que fueron promitentes constituyentes de sociedad futura al momento de la presentación de la propuesta, en procura de un litisconsorcio necesario, obligatorio o forzoso, cuando el 15 de marzo de 2017 hubo una manifestación en sentido diverso, es decir, que el litisconsorcio revestía la característica de facultativo.

"La regularidad procesal, esa que parte del supuesto de que, en principio, no se presentarán cambios comportamentales o giros argumentativos inesperados, indicaría que habiendo producido efectos la manifestación hecha el 15 de marzo de 2017 respecto de la naturaleza del litisconsorcio como que era facultativo, es una razón adicional para considerar que esta conclusión es la que debe imperar en el entendimiento del mismo Tribunal, además de que es la que en Derecho corresponde, toda vez que una actuación o una argumentación ulterior enteramente contraria, y sin fundamento admisible, no puede ser atendida favorablemente en sede procesal en desarrollo de lo establecido por la jurisprudencia y doctrina aplicables (doctrina de los actos propios), en la que la doctrina en comento ciertamente tiene plena cabida, conforme igualmente lo ha decantado la jurisprudencia nacional¹¹".

4.5.- Contra el auto que denegó la integración del Litis consorcio necesario, se interpuso recurso de reposición por la parte Convocante y el Ministerio Público, el cual se denegó mediante Auto de la misma fecha (28 de julio de 2018), entre otras razones por las siguientes:

"1. Según se señaló en la decisión impugnada, el Tribunal estima que no resulta indispensable vincular al presente trámite, como litisconsortes necesarios, a las sociedades IGT COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA

¹¹ Sentencias del 5 de agosto de 2014 y del 9 de junio del año 2014, ambas de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

(antes GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA.), IGT GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED (antes GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED), e IGT FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA (antes GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA), por cuanto no se presentan los supuestos establecidos en el artículo 61 del Código General del Proceso, para adoptar una decisión de esa naturaleza.

"2. En efecto, si bien en el presente trámite se debaten diferentes aspectos relacionados con la ejecución del Contrato de Concesión 887 de 2011, cuyo perfeccionamiento estuvo antecedido de la celebración de un contrato de promesa de sociedad futura, y se convino, igualmente, que esta sería una sociedad de objeto único, estima el Tribunal que dicha circunstancia hace aplicables las previsiones contenidas en el parágrafo 2º del artículo 32, en concordancia con el parágrafo 3º del artículo 7º, de la Ley 80 de 1993, de conformidad con las cuales los socios de dicha sociedad asumen una responsabilidad solidaria respecto del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato estatal, lo que no significa, en concepto del Tribunal, que tales socios –celebrantes de la promesa de sociedad- adquieran la calidad de partes del contrato celebrado entre la sociedad de objeto único y el Estado.

"3. Siendo solidaria la responsabilidad de los socios de la sociedad de objeto único, ratifica el Tribunal que su vinculación al presente trámite resultaba opcional para la convocante, toda vez que, como se destacó a espacio en la providencia recurrida, es facultativo del demandante vincular o no al proceso a todos o algunos de los obligados solidariamente.

"Es decir, la solidaridad, como lo indicó el Tribunal con cita de jurisprudencia cuya parte considerativa trata de manera general la figura de la solidaridad y sus efectos, no conduce a que se genere un litisconsorcio necesario, pues bien puede tramitarse el proceso y decidirse de fondo la controversia, sin que resulte indispensable vincular al proceso a todos los obligados solidariamente.

"4. Como se destacó en la providencia recurrida, el propósito de la norma, según consta en sus antecedentes, es proteger el patrimonio de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

las entidades estatales, estableciendo una garantía adicional al patrimonio de la sociedad de objeto único, pero es evidente que la existencia de una caución o garantía, como lo es la solidaridad pasiva, no convierte a los garantes en partes contractuales, ni menos hace mandatoria su vinculación al proceso.

"5. Destaca la convocante en el recurso que el parágrafo 3º del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 hace extensiva a los socios de la sociedad de objeto único "la responsabilidad solidaria y sus efectos", con referencia a lo que dispone la ley en materia de consorcios. De allí deriva que resulta indispensable traer al proceso a los socios de IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S.), pues considera que una sentencia estimatoria de las pretensiones podría afectar a tales socios, sin que hubieran participado en el proceso, en particular por la expresión "y sus efectos" mencionada en la ley".

"Al respecto, observa el Tribunal que la disposición analizada se refiere a los efectos de la solidaridad, y no a todas las consecuencias que pudieran derivarse para los socios de una sociedad por el hecho de que contra ella se tramite un proceso judicial o arbitral. Es decir, los efectos de la solidaridad pasiva, en relación con el acreedor de la obligación, así como los efectos que puedan derivarse entre los deudores solidarios, son los establecidos en los artículos 1568 y siguientes del Código Civil y no otros."

(...)

"En relación con el recurso de reposición interpuesto por interpuesto por el Ministerio Público, se observa que, en rigor, no censura los argumentos esgrimidos por este Tribunal en torno a la improcedencia del litisconsorcio necesario, imperativo en este proceso arbitral.

"Sin embargo, no encuentra este panel arbitral que las razones económicas y de protección de los intereses estatales, sean motivo suficiente para modificar la decisión adoptada, sin perjuicio de que no se desconoce el significado y la pertinencia de dicha protección, entre otras razones por cuanto la misma no tiene como propósito menoscabar tales intereses y prerrogativas del Estado".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES.

5.1. El 28 de julio de 2018 se adelantó la primera audiencia de trámite, en la cual, después de estudiar el alcance del pacto arbitral respecto de la materia y la capacidad de los sujetos de cara a los asuntos sometidos a arbitraje, mediante Auto No. 24 de la misma fecha (Acta 20) el Tribunal se declaró competente para asumir y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento.

5.2. La parte Convocante interpuso recurso de reposición en contra del auto mediante el cual se asumió competencia, con fundamento en similares argumentos a los que sirvieron de sustento para solicitar la integración del contradictorio con las sociedades que fueron prometientes de la sociedad que celebró el contrato de concesión, de lo cual la recurrente derivó una solicitud para que el Tribunal ampliara su competencia para decidir la controversia.

5.3. Efectuado el estudio correspondiente, el Tribunal no acogió los argumentos planteados por la recurrente y confirmó la providencia impugnada, con fundamento en los siguientes argumentos:

"1. Teniendo en cuenta que el recurso de reposición interpuesto, se fundamenta en los argumentos esgrimidos en relación con la integración del contradictorio, de los que deriva una insuficiencia de la competencia (...) [el] Tribunal reitera y ordena estarse a las consideraciones expuestas en autos No. 23 y 24, por entender que no hay un argumento que las modifique o altere.

*"2. Ahora bien en lo que concierne al recurso de reposición propiamente dicho, esto es, en el sentido de que este Tribunal amplíe su competencia con el objeto de cobijar a las sociedades **GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA., GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA IGT**, por la vía del litisconsorcio necesario, no encuentra este panel arbitral procedente dicha declaratoria, no solo porque se cimenta en los mismos argumentos referentes al litisconsorcio, ya escrutados, debatidos y definidos por este Tribunal, [sino] por cuanto la pretendida ampliación de competencia tampoco luce de recibo en los términos solicitados, en especial, a partir del complemento de la presentación del recurso. Toda vez que la competencia emana de la Constitución, de la ley, del pacto arbitral y al mismo tiempo de la*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

delimitación que las propias partes han hecho de la controversia, vale decir a través de las pretensiones y excepciones formuladas.

"3. Ratifica esta postura el Tribunal, el hecho que de conformidad con las normas procesales (artículo 61 del CGP), la integración del contradictorio podría realizarse, en gracia de discusión hasta antes de dictarse sentencia de mérito, lo cual corrobora que el tema competencial no está condicionado o puede verse afectado por decisiones de esa naturaleza.

"4. Estima el Tribunal que la impugnación de una providencia en la que se asume competencia, estaría enderezada a que el Tribunal no asuma competencia, por lo cual una solicitud como la elevada en la precisión del alcance del recurso no resulta viable, tomando en consideración que la competencia existe o no existe, es decir, se es o no competente.

"5. Por otra parte, como se señala en la providencia recurrida, el Tribunal ratifica que están dados los presupuestos para adoptar una decisión como la impugnada.

"6. El Tribunal observa que a la postre las partes coinciden, en el hecho esencial de la competencia del Tribunal, solo que la parte Convocante solicita la ampliación de la cobertura competencial mediante la conformación del litisconsorcio necesario al cual en varias oportunidades se ha referido el Tribunal en sentido negativo, por manera que la controversia, de haberla, es respecto de la medida y del alcance pero no de la existencia de competencia, la cual se reitera no es cuestionada por las partes, como fue explicito en las manifestaciones de las partes, razón por la cual no se está frente al supuesto normativo de falta o ausencia de competencia."

5.4.- Una vez resuelto el recurso de reposición contra el auto mediante el cual se asumió competencia para decidir el litigio sometido a su conocimiento, procedió el Tribunal a resolver sobre las solicitudes probatorias, mediante Auto No. 26 (Acta No. 20), lo que hizo en los siguientes términos:

5.5.- PRUEBAS.

5.5.1- Documentales: fueron tenidos como pruebas la totalidad de los documentos aportados por las partes con la demanda, con la contestación de la misma, con la reforma a la demanda de reconvención y su respuesta, así como los aportados en las restantes oportunidades procesales.

5.5.2.- Declaraciones de terceros: fueron practicados a solicitud de las partes los testimonios de Araly Pelayo, quien entregó los documentos

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

ordenados por el Tribunal en el desarrollo de la audiencia practicada el día 30 de agosto de 2017 en BDO; Ramiro Valencia (Acta No. 21), quien aportó documentos con su declaración y fueron agregados al expediente; José Luis Suarez Parra (Acta 24) y Cristina Arango Olaya (Acta No. 25); el informe aportado por la testigo Arango Olaya fue agregado por el Tribunal mediante Auto No. 74 (Acta No. 49), con el cual se corrió traslado y la parte Convocada recorrió dicho traslado mediante memorial presentado el día 12 de marzo de 2019.

La apoderada de la parte Convocante, presentó el desistimiento del testimonio de Angela Patricia Castelblanco, el cual se aceptó mediante Auto No. 30 (Acta No. 24)

El apoderado de la sociedad Convocada desistió de los testimonios de los señores Federico Alfonso Núñez García, Christian Gustavo Acosta Valdés, Ervin Camargo Atencio y Diego Rafael Perezza, lo que fue aceptado mediante Auto No. 28 (Acta No. 21), así como del testimonio de Gustavo Pedraza, el cual fue aceptado mediante Auto No. 30 (Acta No. 24).

5.3.3. Inspecciones judiciales:

- Se inició la inspección Judicial en las instalaciones de BDO el día 30 de agosto de 2017 (Acta No. 23); posteriormente se fijó fecha para su continuación para el día 2 de octubre de 2017, luego para el día 29 de septiembre, mediante Auto No. 31 (Acta No. 25), y posteriormente se amplió hasta el 31 de octubre de 2017 la fecha de continuación de dicha inspección judicial. Finalmente, una vez aportados los documentos por ambas partes, mediante Auto 64 (Acta No. 42) el Tribunal decretó el cierre de la inspección judicial y ordenó agregar al expediente los documentos aportados por las partes.

- Exhibición de documentos por parte de COLJUEGOS. Se inició el día 21 de noviembre de 2017 en las oficina de la Convocante con la presencia de los peritos Eduardo Jiménez, en representación de la Sociedad Jega Accounting House Ltda y Victor Yockteng, la cual fue suspendida y cuyo término fue ampliado en varias ocasiones por solicitud conjunta de las partes, y se continuó en la audiencia del día 22 de marzo de 2018. Mediante memorial de 26 de abril de 2018, IGT GAMES solicitó que COLJUEGOS aportara algunos documentos en forma completa y de igual manera aportó con dicho memorial los documentos que consideraba debían ser agregados al expediente. Dichos documentos

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

fueron complementados por COLJUEGOS mediante memorial de 4 de mayo de 2018, los cuales fueron presentados en un CD. Después de que transcurrieron más de seis (6) meses desde la apertura de la diligencia, el Tribunal procedió a cerrarla mediante Auto No. 57 de 28 de mayo de 2018, advirtiéndole que en el laudo realizaría la aplicación de las correspondientes consecuencias de la posible renuencia u obstrucción que se hubiera presentado en la recolección de dichas pruebas.

- Exhibición de documentos por parte de IGT GAMES S.A.S. Se inició el día 21 de noviembre de 2017 en las oficinas de IGT GAMES, fue suspendida y su término fue ampliado en varias ocasiones. Esta se continuó en la audiencia del día 22 de marzo de 2018, fecha en la cual se aportó un memorial con el cual se adjuntaron algunos documentos por la parte Convocante y se solicitó la expedición de copias de una serie de documentos que se relacionan en memorial de 6 de abril de 2018. Mediante memorial de 12 de abril de 2018, la Convocante indicó cuáles eran, en su concepto, los documentos que no fueron exhibidos en la inspección judicial. El día 4 de mayo de 2018, la Convocada aportó un CD que contenía los documentos que debieron ser allegados por solicitud de COLJUEGOS y los cuales además fueron entregados en tres (3) AZ. Finalmente el día 21 de mayo de 2018, la apoderada de la parte Convocante presentó un memorial con el cual aportó tres (3) AZ que contienen los documentos referidos en dicho memorial y respecto de los cuales realizó algunas consideraciones. Después de haber transcurrido más de seis (6) meses de la apertura de la diligencia, el Tribunal procedió a cerrarla mediante Auto No. 57 de 28 de mayo de 2018, advirtiéndole que en el laudo realizaría la aplicación de las correspondientes consecuencias de la posible renuencia u obstrucción en la recolección de dichas pruebas.

- Inspección Judicial en Proes: Una vez fijada la fecha y hora para su práctica por el Tribunal, y habiendo recibido respuesta de la sociedad Proes, los apoderados de las partes manifestaron al Tribunal que revisarían en los documentos que reposaban en sus archivos para efectos de determinar si resultaba necesario practicar la citada inspección judicial. Una vez aportados y puestos en conocimiento de las partes los documentos que ellas allegaron, el Tribunal mediante Auto No. 64 de 4 de octubre de 2018 dispuso tener por *"surtida la inspección judicial de la sociedad PROES"*.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

- En relación con la inspección judicial que correspondía a la prueba con la intervención de perito técnico en tres puntos de venta de Baloto, dicha prueba fue desistida el día 21 de noviembre de 2017, lo que fue aceptado por el Tribunal mediante Auto No. 38 Acta No. 29.

5.3.4. Informe bajo juramento rendido por el representante legal de COLJUEGOS:

Una vez surtidas las actuaciones correspondientes para que se determinara el cuestionario y se fijara el plazo para la entrega del informe a cargo del representante legal de COLJUEGOS, este fue presentado el día 2 de octubre de 2017 y del mismo se corrió traslado a la parte Convocada por Auto No. 32 (Acta No. 26). La parte Convocada guardó silencio dentro del término de dicho traslado, no obstante lo cual en audiencia del 24 de octubre de 2017 solicitó que se sancionara a la parte Convocante porque su representante legal no había presentado el informe bajo la gravedad de juramento, ante lo cual el Tribunal, mediante Auto 36 del 31 de octubre de 2017, dispuso que la petición *"no resulta[ba] procedente, habida cuenta que dicho documento fue presentado oportunamente en el último día concedido para el efecto, tanto más cuanto no hubo pronunciamiento sobre el particular por la Convocada"*.

5.3.5. Dictámenes Periciales:

- La parte Convocante solicitó al Tribunal que se designara *"un experto financiero para que analizados los documentos del proceso licitatorio, especialmente el pliego de condiciones y la propuesta presentada por GTECH S.A.S. promesa de sociedad futura así como aquella presentada por CORREDOR EMPRESARIAL S.A., y con fundamento en el número de transacciones que pasan por el SISTEMA, y en general en la documentación del contrato 887 de 2011, determine la suma que debe pagar GTECH S.A.S. a Coljuegos, por el uso del SISTEMA para la operación de otros juegos y para la prestación de servicios comerciales, durante todo el tiempo previsto para la ejecución del contrato 887 de 2011..."*.

Con la contestación de la reforma a la demanda de reconvención, la parte Convocante presentó una experticia de carácter financiero rendida por Jaime Aragón Calvo, *"sobre los ingresos que genera el SISTEMA por la operación de otros juegos de suerte y azar y por la prestación de servicios comerciales, así como sobre las sumas que deben ser pagadas a Coljuegos, propietarios del*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

SISTEMA por tal concepto”.

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 226 del Código General del Proceso, “[s]obre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal solo podrá presentar un dictamen pericial (...)”, el Tribunal denegó el dictamen pericial solicitado por la parte Convocante y tuvo como prueba la experticia aportada con la contestación de la reforma de la demanda de reconvención y fijó como fecha para la audiencia de contradicción del mismo, el día 3 de octubre de 2018 (Acta No. 42). En el desarrollo de la audiencia el apoderado de la parte Convocada presentó recusación contra el perito por haber sido asesor de la parte Convocante. Por solicitud del Tribunal, el día 18 de octubre de 2018 la parte Convocante presentó un memorial mediante el cual aportó copia de los contratos que fueron suscritos por el perito Jaime Aragón Calvo con Coljuegos.

- De igual manera se solicitó y se decretó un dictamen pericial técnico, para lo cual se otorgó a la partes un plazo para que realizaran de común acuerdo la designación del perito. Como no fue posible obtener un acuerdo de las partes respecto del nombre del perito, el Tribunal designó al ingeniero Víctor Yockteng, quien una vez posesionado rindió el dictamen pericial el día 7 de marzo de 2018. Del mismo se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días, y mediante auto No. 49 (Acta No. 35) de 27 de abril de 2018, se decidió respecto de la solicitud formulada por la apoderada de la parte Convocante para que se prorrogara el término de traslado del dictamen pericial, habiendo corrido la mayoría del término del traslado conferido por el Tribunal por el término máximo de diez (10) días que se había conferido. Contra el dictamen pericial no fueron presentadas solicitudes de aclaración y complementación. No obstante lo anterior el Tribunal citó al perito a audiencia de contradicción, la cual se surtió el día 4 de octubre de 2018 (Acta No. 43).

- La parte Convocante también aportó un dictamen pericial financiero rendido por la perito Marcela Gómez Clark, el día 31 de octubre de 2017, respecto del cual se solicitaron aclaraciones y complementaciones por la parte Convocada, las cuales fueron denegadas por el Tribunal por cuanto respecto de dicha experticia solo podría realizarse su contradicción mediante el interrogatorio al perito en la audiencia correspondiente, la cual se fijó para el día 3 de agosto de 2018, fecha en la cual la parte Convocada desistió de la contradicción de dicha prueba, desistimiento que fue aprobado por el Tribunal mediante Auto No. 62 (Acta No. 42) de la misma fecha.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

- La parte Convocada solicitó que se decretara un dictamen pericial técnico, el cual fue desistido en audiencia de fecha 29 de noviembre de 2017 (Auto 42, Acta No. 31). Igualmente, dentro del traslado de las excepciones de mérito la Convocada presentó además un dictamen pericial de parte rendido por la firma Desarrollo Empresarial, y se citó para su contradicción al representante legal de dicha sociedad para audiencia el día 3 de octubre de 2018 (Acta No. 42).

- Para el desarrollo de la inspección judicial en las oficinas de COLJUEGOS designó como perito financiero a la firma Jega Accounting House Limitada, quien asistió a la diligencia antes mencionada y rindió su dictamen el día 28 de junio de 2018, una vez formuladas de oficio preguntas por el Tribunal y suministrada la información requerida para tal encargo. Ambas partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, y el Tribunal procedió a resolver sobre las mismas mediante Auto No. 59 de 7 de septiembre de 2018 (Acta No. 40). Contra dicho auto la parte Convocante interpuso recurso de reposición por cuanto se habían negado algunas de las solicitudes formuladas, lo cual se resolvió denegándose el recurso mediante Auto No. 60 de 25 de septiembre de 2018 (Acta No. 41). El escrito que dio respuesta a las solicitudes de aclaraciones y complementaciones se presentó el día 17 de septiembre de 2018, y la apoderada de la parte Convocante solicitó que se requiriera al perito para que diera respuesta a algunas de las cuestiones que en su concepto no habían sido atendidas. El Tribunal denegó dicha solicitud mediante Auto No. 61 (Acta No. 42) de 3 de octubre de 2018. La audiencia de contradicción del dictamen pericial se realizó el día 4 de octubre de 2018 (Acta No. 42).

5.3.6. Oficios. Fue librado el oficio dirigido a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Recibida la respuesta, se puso en conocimiento de las partes.

En relación con el oficio dirigido a la Superintendencia de Industria y Comercio se tuvo por recibida la respuesta con ocasión del memorial presentado por la parte Convocante el día 1 de noviembre de 2018.

Fue remitidos los oficios a las sociedades Gtech Foreign Holdings Corporation Sucursal Colombia, Gtech Colombia Ltda Y Gtech Comunicaciones Ltda, Igt Foreign Holdings Corporation Sucursal Colombia, Igt Comunicaciones Colombia Ltda, Gtech Comunicaciones Colombia Ltda, Igt Colombia Ltda Y Gtech Colombia Ltda, y a los mismos se les dio respuesta en varias ocasiones,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

teniendo en cuenta las solicitudes presentadas por los apoderados de las partes y los requerimientos hechos por el Tribunal. De igual manera se obtuvo información de estas sociedades en el desarrollo de la prueba pericial a cargo de Jega Accounting House Ltda.

5.4.- Una vez concluida la instrucción del proceso, el Tribunal procedió a realizar el respectivo control de legalidad, ante lo cual la apoderada de la parte Convocante puso de presente nuevamente que, en su concepto, se habría requerido que el Tribunal hubiera integrado el contradictorio por pasiva con las sociedades que figuraron como prometientes de la sociedad futura que luego se constituyó como GTECH S.A.S., hoy IGT GAMES S.A.S., razón por la cual planteó la existencia de una nulidad del proceso sustentada en el numeral 8º del artículo 133 del Código General del Proceso. De la mencionada solicitud se corrió traslado a la Convocada y al representante del Ministerio Público, quien secundó dicha petición. El Tribunal, mediante Auto No. 67 de 14 de noviembre de 2018 (Acta No. 45), denegó la mencionada solicitud de nulidad procesal, por los siguientes argumentos:

**"RECAPITULACION DE LA SECUENCIA PROCESAL EN TORNO A
LA CONFORMACION DEL LITISCONSORCIO POR LA PASIVA**

"1 - En el libelo introductorio de la demanda presentada el 17 de noviembre de 2015, que se subsanó el 14 de marzo de 2016, se señalaba como parte demandada a GTECH S.A.S.

"2 - En el libelo que pretendió reformar la demanda inicial se señalaron como demandadas a las sociedades IGT COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA (antes GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA - GTECH COMUNICACIONES), IGT FOREIGN HOLDINGS CORPORATION-SUCURSAL COLOMBIA (antes GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION-SUCURSAL COLOMBIA (GTECH COLOMBIA) e IGT GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED (antes GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED —GTECH GLOBAL, pero como de ello dan cuenta diversas determinaciones del Tribunal, dicha solicitud de reforma de la demanda fue menester rechazarla por consideraciones asociadas Al juramento estimatorio, luego de haberse dispuesto su inadmisión para su enmienda, que no se dio por satisfactoria por parte del Tribunal. En tal sentido el numeral cuarto del auto número 13 del 15

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

de marzo de 2017 proferido en el presente trámite arbitral dispuso que "Como consecuencia de no haber dado cumplimiento a lo señalado de manera expresa por el Tribunal en el auto inadmisorio, se procederá a rechazar la reforma de la demanda, tal como lo ordena el artículo 90 del código general del proceso". E hizo el Tribunal varias consideraciones al resolver el recurso de reposición intentado por la parte convocante, contenidas en el mencionado auto número 13 del 15 de marzo de 2017.

"3 -Mediante auto número 14 de 15 de marzo de 2017, el Tribunal denegó el recurso de reposición por considerar que había precluido la oportunidad procesal para subsanar la reforma de la demanda sin haberlo hecho y menos aún cuando el ordenamiento jurídico no preveía la figura procesal del "retiro parcial de la reforma de la demanda" en dicha instancia procesal.

*"4 - En audiencia celebrada el día 15 de marzo de 2017 la parte convocante indicó que mediaba un litisconsorcio de naturaleza **facultativa** entre la sociedad convocada y las sociedades a ella vinculadas, atrás mencionadas, afirmación respecto de la cual no hubo ni oposición u objeción alguna, como que no consta salvedad o advertencia o solicitud de aclaración alguna en el acta correspondiente;*

*"5 - Con posterioridad, la parte convocante el 12 de julio de 2017, formalizándolo por escrito el día 17 del mismo mes y año, y con anterioridad a la realización de la primera audiencia de trámite, retomó el tema de la integración del litisconsorcio, pero esta vez estimando indispensable la vinculación de los socios que fueron promitentes constituyentes de sociedad futura, con el propósito de constituir un litisconsorcio **necesario**, obligatorio o forzoso, lo que constituye una variación fundamental en relación con el carácter facultativo que le había atribuido en ocasión precedente;*

"6 – El Tribunal procedió a denegar la petición formulada, toda vez que: (i) las sociedades que presentaron la propuesta no suscribieron el contrato estatal objeto del presente proceso, (ii) existe responsabilidad solidaria por parte de las sociedades IGT por el eventual incumplimiento de las obligaciones a cargo de la convocada IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S.), en su calidad de socias de una sociedad de objeto único,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

lo que en manera alguna impone la comparecencia forzosa de dichas sociedades al proceso, al no conformarse entre ellas un litis consorcio necesario y (iii) las sociedades IGT, en rigor, son garantes por ministerio de la ley, pero no por ello parte contractual en el contrato celebrado con el Estado y por lo tanto no se requiere su intervención dentro del proceso correspondiente. Por cuanto no se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 61 del Código General del Proceso, entre otras consideraciones, En las decisiones que da cuenta el acta número 20 con fecha 28 de julio de 2017. El Tribunal denegó la solicitud correspondiente destacando la relevancia de la regularidad procesal y la inhibición de la presentación de inesperados argumentos que alteraran el orden o el método de las actuaciones procesales o que implicaran grandes o repentinos cambios;

"7 - En la oportunidad de la asunción de competencia, el Tribunal resolvió un recurso de reposición intentado también por la parte Convocante que se orientaba a la extensión del ámbito de competencia para la inclusión de otros demandados, bajo la modalidad de litisconsorcio necesario (en seguida de haberse indicado que era facultativo el litisconsorcio), esto es, similar encauzamiento o equivalente disposición a la que ahora se invoca como causal de nulidad.

"8 - Al respecto, resulta pertinente recordar que al momento procesal de resolución del recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, el Tribunal ya había indicado en dos ocasiones que no resultaba procedente la integración del litisconsorcio por pasiva, fuese en la variante de facultativo indicado por la parte convocante en una primera ocasión (15 de marzo de 2017), fuese en la modalidad de necesario señalado posteriormente, esto es, que dicha circunstancia ha sido planteada por la parte convocante ante el Tribunal, que la ha resuelto, en diferentes momentos.

"9 - Corolario de lo anterior es que la determinación de negar el litisconsorcio por la pasiva proviene de las actuaciones procesales que implican beneficios y cargas, dado el carácter preclusivo de los términos procesales, para las partes que pueden o no atender los términos legales o emplear las prerrogativas legalmente previstas, o acoger o no las opciones legales sustantivas o procesales o hacerlo en unas

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

determinadas condiciones o con arreglo a unas modalidades específicas y que al hacerlo o dejar de hacerlo asumen las consecuencias legalmente previstas; en este caso, se observa que no hay un capricho o arbitrio irracional del Tribunal al negar la solicitud de integración del litisconsorcio pasivo fundamentalmente porque -de manera concreta- tal petición provenía de un libelo que pretendía reformar la demanda inicial que fue menester rechazar por las razones indicadas en el auto 13 de 15 de marzo de 2017, lo que significó que los extremos de la relación quedaron identificados como las partes que han acudido regularmente al proceso y la contención trabada entre ellas. El carácter preclusivo implica que se cierran las etapas del proceso sin que sea posible plantear de nuevo lo ya decidido en las precedentes.

"10 – La parte convocante en la fundamentación de su recurso de reposición interpuesto contra el Auto 24 de 28 de julio 2017. indicó que, entre varias de sus motivaciones para pretender la conformación del litisconsorcio por la pasiva, se halla la de identificar una fuente de pago y que a la sociedad demandada han de añadirse las sociedades promitentes constituyentes de sociedad futura. Ese argumento ha sido mencionado en otras ocasiones como fundamento de solicitudes y naturalmente se ha considerado por el Tribunal que en sus determinaciones (Autos números 23 y 24 del 28 de julio de 2017) ha señalado " ... no se estima indispensable la comparecencia a este proceso de las socias de la sociedad de objeto único, en cuanto al objeto mencionado, para que la controversia pueda definirse con una providencia de mérito. En otros términos, el Tribunal observa que el debate sometido a su determinación se vincula con la ejecución del contrato y halla en la etapa preparatoria elementos de importancia para efectos de interpretar el alcance de los compromisos de las partes del contrato de concesión 887 de 2011. Pero de allí no se sigue que los promitentes constituyentes de sociedad futura hayan indefectiblemente de vincularse como parte al proceso para que la controversia pueda tramitarse y decidirse". Entre los argumentos puestos de presente por el Tribunal para adoptar esta determinación se destacó, además, que el hecho de que las sociedades prometientes de una sociedad futura "estén llamadas a responder solidariamente por el eventual incumplimiento de las obligaciones a cargo de la convocada IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S.), en su calidad de socias de una sociedad de objeto único,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

en manera alguna impone la comparecencia forzosa de dichas sociedades al proceso, al no conformarse entre ellas un litis consorcio necesario”.

“11 – Respecto de la afirmación de la parte convocante, conforme a la cual se procura también contar con adicionales fuentes de pago en el evento que la demandada no tuviese recursos, el Tribunal señala que tal argumentación reviste carácter de conjetura y por sí sola carece del alcance requerido para decidir la vinculación de las sociedades varias veces mencionadas en la conformación del litisconsorcio por pasiva.

“Se recaba que la ausencia de integración de las aludidas sociedades (promitentes constituyentes de sociedad futura) halla su origen, entre otras, en que a la reforma de la demanda intentada por la parte convocante fue necesario, en primera oportunidad, disponer su inadmisión hasta tanto se subsanaran los defectos advertidos en el auto número 10 del 7 de febrero de 2017, “en especial en lo relativo a la cuantificación en los términos del artículo 206 del código general del proceso de las pretensiones incluidas en la reforma de la demanda relacionadas con el uso de la marca Baloto ...”, lo que no se hizo e implicó la determinación de rechazo de la reforma de la demanda, como se ha precisado atrás.”

“FRENTE A LA PRETENSION DE NULIDAD

“Durante la audiencia llevada a cabo en el presente trámite arbitral el 1 de noviembre, que tenía el propósito de cerrar el período probatorio y de ejercer el control de legalidad, la señora apoderada de la parte convocante optó por solicitar la nulidad del trámite aduciendo, al efecto, el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso, disposición que invocó, cuando menos en dos ocasiones tanto a lo largo de su exposición como al atender expresamente una pregunta que, en tal sentido, le hizo el Tribunal.

“El numeral 8 del artículo 133 “Causales de nulidad” del Código General del Proceso señala:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

" El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

...

"8 Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma el Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

Parágrafo. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece."

"La nulidad para que sea declarada por el juez implica que haya concomitancia o concordancia entre un acto, contrato o un procedimiento con las causales previstas en la ley. Se trata de un vicio tal de un acto, contrato, trámite, procedimiento o actuación, que pueda suplicarse, pedirse o instarse en su contra, y que solo viene a materializarse cuando resulte siendo próspera la acción de nulidad.

"Le corresponde, entonces, al Tribunal para resolver la solicitud de nulidad intentada por la señora apoderada de la parte convocante verificar si hay o no coincidencia entre los supuestos de la disposición pertinente del Código General del Proceso y las actuaciones surtidas en el presente trámite arbitral.

"1 – Que no se haya practicado en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas.

"El auto admisorio de la demanda fue legalmente notificado a las personas determinadas a las cuales se contrae la contención, esto es, a

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

la sociedad IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S.); de ello da cuenta el informe secretarial mencionado en el Acta 16 de 16 de mayo de 2016, que fue suscrito sin observación alguna por los intervinientes.

"2 – Que no se haya practicado en legal forma el emplazamiento de las demás personas que, aunque sean indeterminadas, deban ser citadas como parte, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena.

"El emplazamiento de las demás personas indeterminadas que deban ser citadas como partes, no corresponde a los específicos desarrollos o contornos del presente trámite, tanto porque las personas que deben convocarse se encuentran plenamente identificadas (demandante como Coljuegos y la demandada Gtech S.A.S (ahora IGT GAMES S.A.S.) como que los temas de sucesión de las partes no han sido materia de debate, si bien en el expediente se registran las transformaciones de la entidad pública.

"Situación diferente es que por parte de la demandante haya una reiterada solicitud de comparecencia de otras sociedades como integrantes del litisconsorcio pasivo, la que ha sido resuelta en las varias ocasiones en las cuales ha sido planteada, pero de ello no se sigue que haya nulidad por defecto en el emplazamiento de personas indeterminadas que no lo serían, pues están identificadas.

"La ley no ordena tampoco que se deba convocar a los promitentes constituyentes de una sociedad futura, como lo prevé el aparte de la norma transcrita al final, si bien referido a personas indeterminadas y a su emplazamiento.

"3 – Cuando no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.

"Para efectos del examen de la concomitancia o no de la causal de nulidad legal frente a lo acontecido en el presente trámite arbitral, se observa –frente a lo señalado en este aparte de la disposición señalada por la parte convocante en su intervención petitoria de nulidad- que el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Ministerio Público se citó en debida forma. Cabe preguntar, como lo hace el Tribunal, si otras personas o entidades han debido ser citadas, para atender un expreso mandato legal y al respecto se indica que no hay otra persona o entidad que haya debido ser citada de acuerdo con la ley.

"Se precisa que la petición de conformación del litisconsorcio por pasiva, al cual ha se ha hecho alusión o que lo ha solicitado la apoderada de la parte convocante en diversas ocasiones, como se ha dicho, corresponde en realidad a una pretensión de ampliación del ámbito de competencia del Tribunal y no a una hipótesis de indebida citación a quien, por mandato de ley, ha debido llamarse al trámite.

"4 – Cuando se advierta que en el proceso se ha dejado de notificar una providencia distinta al auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, siendo nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado.

"En el presente trámite se han notificado las diferentes providencias, tanto naturalmente la contentiva del auto admisorio de la demanda como las posteriores, sin que haya reproche alguno al respecto; de hecho las decisiones que ha adoptado el Tribunal en las ocasiones antes referidas, que se han consignado en los autos antes mencionados, sin excepción han sido notificadas sin que se haya endilgado, por alguna de las partes, una irregularidad o imperfección que amerite ahora la declaratoria o la constatación de una nulidad.

"El Tribunal debe indicar, de nuevo, que el hecho de que no se haya acogido la solicitud de conformación del litisconsorcio por la pasiva por las razones varias veces mencionadas asociadas con el rechazo de la reforma de la demanda derivado de la insatisfacción del requisito de acreditación en forma del juramento estimatorio no implica, de suyo, que haya una indebida notificación de providencias; por el contrario, de la decisión que rechazó la solicitud de conformación del litisconsorcio por la pasiva hubo legítimo ejercicio del recurso de reposición que también se resolvió en forma y en oportunidad.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"Se precisa, por lo demás, frente a los mandatos del numeral 8 del artículo 132 del Código General del Proceso que en el presente trámite arbitral no hay providencia alguna de mandamiento de pago.

"5 –Por otra parte, con independencia de las consecuencias de la falta de integración del Litis consorcio necesario, deficiencia que por las razones arriba anotadas no se presentan en este trámite arbitral, es menester destacar que el artículo 135 del Código General del Proceso exige que la solicitud de nulidad sea presentada por iniciativa de parte para cuyos efectos "es menester que el peticionario esté legitimado para alegarla"¹².

"De forma particular, tratándose de la causal octava de nulidad, esto es, "la falta de notificación o emplazamiento en legal forma", la jurisprudencia ha determinado que "sólo podrá ser alegada por la persona afectada, a quien el vicio haya generado lesión o menoscabo de sus derechos"¹³.

"Respecto de la causal de nulidad objeto de la solicitud que se analiza la jurisprudencia ha precisado que "se trata de una [causal de] nulidad parcial (...) que puede ser alegada por una persona en particular: la ilegítimamente representada o la que no fue notificada como lo manda la ley; y no por otras para quienes la irregularidad ocurrida, ninguna restricción trajo respecto de sus garantías procesales esenciales"¹⁴ pues "de admitirse lo contrario, se avalaría un provecho indebido por un supuesto perjuicio ajeno, en contravía de los principios de probidad y lealtad procesal"¹⁵ "¹⁶.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de febrero de 2003, expediente no. 7509.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 22 de septiembre de 2004, exp. n.º 1993-09839-01) y Socorro Rueda M. Derecho Procesal Civil. Editorial Temis, 2010.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 11 de marzo de 1993.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de diciembre de 2001, exp. 0160.

¹⁶ "Es importante precisar que, aunque la jurisprudencia sobre el tema se basa en el derogado Código de Procedimiento Civil, lo dicho mantiene plena vigencia frente al Código General del Proceso que mantuvo en este aspecto iguales directrices". (López Blanco H. Código General del Proceso - Parte General (2017). Dupre Editores, pág. 358).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"Sobre este punto, el Tribunal estima de alta trascendencia hacer referencia a que la Comisión Redactora del Proyecto del Código General del Proceso, en el acta No. 38 de la sesión realizada en la sede del Instituto Colombiano de Derecho Procesal el 28 de julio de 2004, indicó: "[p]ara el evento en que un litisconsorte necesario no ha sido notificado, deberá alegar la nulidad el litisconsorte pretermitido, dado que los demás no tienen legitimidad, a pesar de tener interés. Por ello se sugiere que se precise en el primer inciso del artículo que quien alegue la nulidad debe tener legitimidad para proponerla".

"Con fundamento en lo anterior y vista la improcedencia de la integración del litis consorcio necesario en los términos señalados en torno a la cual se ha pronunciado ya este Tribunal en diversas oportunidades a las que se remite para el efecto, el Tribunal encuentra además que la apoderada de Coljuegos, al alegar la nulidad por la falta de notificación de las sociedades IGT, carece de legitimidad para elevar este pedimento.

"6 - Respecto de lo dispuesto en el parágrafo de la mencionada disposición conforme a la cual "las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece", se ha de precisar que las pretendidas irregularidades derivadas del trámite de las cuales se pretende la declaratoria o constatación que se vinculan con la conformación del litisconsorcio por la pasiva fueron propuestas, consideradas y resueltas en varias oportunidades por el Tribunal, y de tales determinaciones hubo impugnación mediante recursos de reposición que se resolvieron en forma y en oportunidad.

"Corolario de lo anterior se tiene que del cotejo de las causales de nulidad previstas en el artículo 133 del Código General del Proceso, en especial de la invocada por la señora apoderada de la parte convocante, frente a las actuaciones surtidas en el presente trámite arbitral no se observa coincidencia alguna."

Contra el auto anteriormente transcrito la apoderada de la parte Convocante interpuso recurso de reposición y solicitó un término adicional para efectuar la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

sustentación correspondiente, frente a lo cual el Tribunal, como en otras ocasiones, accedió a dicha solicitud y procedió a otorgar un término adicional para que se sustentara el recurso y del mismo se dio el traslado correspondiente por secretaría. El Tribunal denegó el recurso interpuesto mediante Auto No. 69 (Acta No. 46) de 23 de noviembre de 2018, en el cual, entre otras consideraciones, expresó lo siguiente respecto de la igualdad de las partes en el presente proceso:

" 1.- Precisión preliminar. Igualdad de las partes

"Previamente al análisis específico del recurso de reposición, el Tribunal - tal como lo hizo someramente en la audiencia en la que se interpuso el recurso que en la fecha se decide- estima necesario aludir a la manera como ha procedido en cumplimiento de sus deberes, en especial el previsto en el numeral 2 del artículo 43 del Código General del Proceso, conforme al cual le corresponde al juez "[h]acer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga", de manera que debe indicar, como lo primero, que no registra manifestación alguna de objeción o censura en las actas de las diferentes audiencias en el sentido de no haberse preservado la igualdad de las partes en el proceso, como es su deber.

"Por otra parte, las observaciones acerca del ejercicio del derecho de contradicción y del principio de congruencia se han orientado fundamentalmente a que, por parte del Tribunal, se adoptaran decisiones, en la oportunidad del decreto de pruebas y en el desarrollo de la etapa probatoria, respecto de situaciones que, a juicio de alguna de las partes, podrían tener una interpretación diferente o a impeler una determinación con elementos diversos a aquellos adoptados y con distintas consecuencias.

"Así, por ejemplo:

"- en la audiencia del 27 de abril de 2018, con ocasión de las inspecciones judiciales solicitadas, se afirmó por el apoderado de la Convocada que el decreto de la prueba adolecía de la precisión correspondiente, mientras que para la parte Convocante no era así, luego de lo cual el Tribunal optó por una interpretación amplia que facilitara la práctica de la exhibición;

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"- de igual manera, en las situaciones que se han presentado en el desarrollo del debate probatorio, el Tribunal optó por la amplitud probatoria, como en la oportunidad en la que se decidió sobre las preguntas que habrían de absolver los peritos que, como obra en el expediente, dieron lugar a que en vez de pretermittir la posibilidad de que las partes formularan las preguntas se determinó aplazar en dos ocasiones las posesiones de los peritos Financiero (Auto No. 32 de 4 de octubre de 2018) y Técnico (Auto No. 34 de 24 de octubre de 2018).

"- y con similar criterio procedió en el auto No. 68 del 14 de noviembre del año en curso, en el cual se extendió la suspensión de la audiencia para permitir que con amplitud se analizaran los argumentos contenidos en el auto que denegó la nulidad solicitada y que se pudiese sustentar el recurso de reposición presentado, como en efecto lo fue, el 19 de noviembre de 2018.

"Según se puede observar de los ejemplos anteriores, y habría varios más de los que se presentaron a lo largo del trámite, el Tribunal siempre procedió con amplitud en cuanto a la garantía de los derechos procesales de las partes, y lo hizo de manera simétrica o paritaria. En el contexto mencionado (preservación de la igualdad de las partes en el trámite) el Tribunal, en primer lugar, registra la manifestación final de la señora apoderada de la parte convocante en la audiencia del 14 de noviembre; con tal orientación observa también, en segundo lugar, la expresión del señor apoderado de la parte convocada y finalmente, en tercer lugar, itera lo consignado en la página 15 del auto No. 68 del 14 de noviembre, atinente a "(...) su invariable conducta observada a lo largo del proceso, consistente en garantizar entre las partes el más amplio ejercicio de sus derechos y la igualdad procesal entre ellas ...".

Seguidamente, el Tribunal sustentó su decisión de no reponer el auto que denegó la nulidad procesal solicitada en los siguientes argumentos:

"2.- El recurso de reposición

"Con sujeción al plazo previsto en el auto No. 68 del 14 de noviembre de 2018, la señora apoderada de la parte Convocante presentó el 19 de noviembre anterior el escrito contentivo del recurso de reposición que tiene como objeto que se revoque el auto recurrido, es decir, el notificado en la audiencia del 14 de noviembre que denegó la solicitud de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

nulidad y que, en su lugar, se proceda a dictar las disposiciones que corresponda con el fin de sanear la nulidad que advierte la apoderada judicial de la parte convocante, es decir, que se integre a la parte pasiva a las sociedades IGT COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA, IGT FOREIGN HOLDINGS CORPORATION - SUCURSAL COLOMBIA e IGT GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED, en tanto promitentes de sociedad futura e integrantes de GTECH S.A.S., y para ello sustenta el medio de impugnación en su oportunidad interpuesto.

"Considera entonces pertinente el Tribunal destacar, seguidamente, algunos aspectos específicos de la sustentación del recurso interpuesto por la señora apoderada de la parte Convocante:

"2.1. Precisión sobre la causal alegada

"El recurso de reposición precisa la causal de nulidad alegada, señalando que es el último supuesto de las varias hipótesis previstas en el artículo 133 del Código General del Proceso, y al efecto señala: "Es el último supuesto aquel en el cual se subsume la situación que se ha presentado en este proceso, esto es, 'cuando ... no se cita en debida forma a ... cualquiera otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado' " y agrega que "la integración del Litis consorcio necesario corresponde al evento procesal que por excelencia se subsume en el supuesto de nulidad invocado, en tanto el Litis consorte necesario, por disposición legal debe ser citado al proceso, incluso oficiosamente, so pena de acarrear nulidad. Es claro el mandato del legislador al juez de proceder a integrar el contradictorio de oficio o a petición de parte ".

"2.2. La legitimidad de la convocante para advertir sobre la existencia de la nulidad.

"Indica la recurrente que en el presente caso sí ostenta la legitimidad para buscar el saneamiento del proceso y a que se reponga la actuación del Tribunal sobre bases sólidas, evitando la sentencia inhibitoria o que al estar el proceso viciado de nulidad se impida la ejecución del laudo.

"2.3. La oportunidad para advertir sobre la existencia de causal de nulidad

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"El recurso de reposición indica que la "integración del litisconsorcio necesario puede y debe hacerse en cualquier estado del proceso antes de que se dicte sentencia de segunda instancia, sin que el legislador haya establecido un término preclusivo para el efecto, ni pueda identificarse tal término con la reforma a la demanda, o puede entenderse como una irregularidad en el proceso, intentar tal integración en un momento diferente y posterior a la reforma de la demanda". Y agrega que "Solo resta reiterar que si por cualquier circunstancia el demandante omite en la demanda o en la reforma, la correcta integración del litisconsorcio necesario que existe en relación con alguna de las partes, no se presenta la preclusión de la oportunidad para su integración como parece entenderlo el Tribunal en el auto que en esta oportunidad se impugna, ni el supuesto incumplimiento en la carga de integración que corresponde a la convocante, permite que el proceso se adelante válidamente, porque de persistir tal vicio, el fallo deberá ser inhibitorio o en caso de que se profiera de fondo estará afectado de nulidad."

"Y luego de hacer referencia a un aparte de una consideración del Tribunal contenida en el auto No. 25, específicamente el numeral 3, señala:

"Ratifica esta postura el Tribunal, el hecho que de conformidad con las normas procesales (artículo 61 del CGP), la integración del contradictorio podría realizarse, en gracia de discusión hasta antes de dictarse sentencia de mérito, lo cual corrobora que el tema competencial no está condicionado o puede verse afectado por decisiones de esa naturaleza."

"3. Posición de la Convocada y del Ministerio Público

"La parte Convocada, en su escrito manifestó que "en las etapas del trámite arbitral, principalmente la audiencia de instalación (7 de marzo de 2016), la audiencia de conciliación y fijación de honorarios (14 de julio de 2017) y la primera audiencia de trámite (28 de julio de 2017), fluye sin penumbra alguna que el Tribunal Arbitral realizó el correspondiente control de legalidad y no avizoró algún vicio que debiera ser corregido. COLJUEGOS tampoco dio cuenta de la existencia de tal nulidad en las referidas etapas procesales".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"De igual manera manifestó que no puede invocarse como motivo válido un hecho advertido previamente por cualquiera de las partes y sometido a decisión del juez, salvo que se trate de una nulidad insaneable (artículo 136, parágrafo, del C.G.P.), lo cual no ocurre en el caso objeto de estudio, y menos aún se trata de un hecho nuevo "toda vez que ya ha sido puesto a consideración del H. Tribunal en al menos cinco (5) ocasiones y COLJUEGOS sólo vino a proponer la supuesta nulidad hasta el control de legalidad al finalizar la etapa de pruebas, en los términos del artículo 132 del C.G.P., por lo cual no le asiste derecho a COLJUEGOS para alegar por quinta vez tal situación como causal de nulidad."

"Finalmente, la Convocada solicitó al Tribunal lo siguiente:

""Teniendo en cuenta las múltiples actuaciones desplegadas por la apoderada de COLJUEGOS y su representada para procurar la indebida vinculación de las Sociedades Proponentes, con manifiesta carencia de sustento procesal y sustancial, IGT-SAS pone de presente al H. Tribunal que la apoderada de COLJUEGOS ha actuado en contravención a los deberes contenidos en los numerales 2 y 3 del artículo 78 del C.G.P.; conducta rayana en las previsiones de los numerales 1 y 5 del artículo 79 ibidem y el artículo 33-8 de la Ley 1123 de 2007; desde luego que no es la primera vez, sino la quinta, en que COLJUEGOS pretende la citación de terceros con idénticos argumentos, con clara incidencia en el desarrollo normal y expedito del trámite arbitral.

"(...) solicito al H. Tribunal apremiar a COLJUEGOS para que se abstenga de adelantar actuaciones que dilaten, entorpezcan u obstaculicen el normal curso del proceso".

"Por su parte, el señor agente del Ministerio Público recorrió el traslado de la sustentación del recurso de reposición a las 7:13 p.m. del día 22 de noviembre anterior, esto es, luego del vencimiento del plazo concedido en el auto No. 68 del 14 de noviembre anterior, razón por lo cual el Tribunal se abstendrá de pronunciarse respecto de dicho escrito lo que no impide memorar que el Representante del Ministerio Público en audiencia de fecha 14 de noviembre de 2018, expresó, tal como consta en la correspondiente grabación, que: "[s]i bien es cierto el Ministerio Público comparte la decisión y acoge la decisión que se dio en el auto el día de hoy, es cierto también que el artículo 31 del Código General del Proceso (...)".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"4. Sobre la nulidad derivada de la no integración del litisconsorcio por pasiva

"En el auto No. 67, calendado el 14 de noviembre de 2018, que denegó la solicitud de nulidad formulada durante la audiencia realizada el 1 de noviembre, con ocasión del control de legalidad efectuado al concluir la etapa probatoria del presente trámite, se indicó que para que sea declarada la nulidad por el juez se requiere que haya concomitancia, correspondencia o concordancia entre un acto, contrato o un procedimiento con las causales previstas en la ley.

"De manera general, la nulidad implica una imperfección, un defecto procesal en este caso, conforme al cual se concluya, luego de un análisis objetivo, que se materializó un acto procesal en forma contraria a la normatividad aplicable, en condiciones agraviantes del debido proceso y que, en consecuencia, a partir de su configuración dicho acto no puede producir efecto alguno; en adición, la verificación de que se presentó un acto de tales características aparece que hayan de deshacerse los efectos o las situaciones que hubiere llegado a generar, esto es, que se haga de nuevo aquello que antes se hizo mal, es decir, en este caso, a juicio de la Convocante, que se integre el litisconsorcio por la pasiva, lo que en su concepto no se hizo, debiendo haberse hecho, y, por tanto, que en la actual oportunidad -cuando ha concluido la etapa probatoria- se conforme el litisconsorcio por la pasiva con las que en el trámite se han denominado como las sociedades IGT. Se anota, como ya lo ha expresado el Tribunal con anterioridad, que este aspecto ha sido varias veces esclarecido y ha permitido adoptar determinaciones, entre ellas, que no es deber del Tribunal conformar en este asunto tal litisconsorcio por la pasiva pues este panel arbitral ha definido que no se presentan los presupuestos para proceder en la forma solicitada y que, además, cuando la parte Convocante podía actuar para integrar a la controversia a las entidades vinculadas a la Convocada, dicha oportunidad le precluyó por el rechazo de la reforma de la demanda que justamente incluía a dichas sociedades como integrantes de la parte demandada.

"En la doctrina especializada del derecho procesal y en la literatura acerca de las nulidades se indica que es necesario que "... a la declaración de nulidad se llegue solamente cuando la actuación se ha visto viciada con la ocurrencia de una irregularidad contemplada

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

taxativamente en la ley, irregularidad que, además, ha generado una clara violación al derecho fundamental al debido proceso que no puede ser corregida por una vía distinta de la declaración de nulidad, y que ha sido alegada oportunamente por el afectado o declarada oficiosamente por el juez en los casos en que así se permite¹⁷. Se ha dicho también que la nulidad puede provenir de causales objetivas que "se refieren al acto procesal en sí mismo considerado y, en particular, a las denominadas formas procesales, que son las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se produce".¹⁸

"Debe, entonces, examinarse si la situación que provoca la pretensión de nulidad que fue denegada corresponde o no a una situación infractora del derecho fundamental al debido proceso, esto es, si tiene la envergadura tal de constituirse en una irregularidad, en una situación procesal cuya imperfección es de tal significación, o que tenga tal fuerza, que indefectiblemente deba decretarse la nulidad.

"1. Al respecto el Tribunal, de nuevo, ha de indicar, en primer término, que el origen de la imposibilidad de integrar por pasiva a las sociedades atrás mencionadas (las promitentes constituyentes de sociedad futura en el proceso contractual que generó el contrato objeto de debate en el presente trámite), en su génesis, proviene del rechazo de la reforma de la demanda, por lo demás atribuible a la parte Convocante, posterior a la inadmisión de la misma; recuérdese que en la reforma de la demanda se incluían tales sociedades como convocadas y la reforma de la demanda fue primero inadmitida y luego rechazada, como quedó consignado en los autos 23 y 24 del 28 de julio de 2017, de lo cual se sigue que no fue posible convocar o citar a tales sociedades para que comparecieran en el trámite arbitral en calidad de demandadas por razones que son ajenas a la órbita de competencia del Tribunal y, por el contrario, que estaban en el ámbito de las determinaciones y actuaciones de la parte aquí Convocante.

"Se recalca, por su significado, que en lo relativo a las formas procesales, el trámite da cuenta de una postulación o solicitud de incorporación de

¹⁷ Sanabria Santos, Henry. "Generalidades del nuevo sistema de nulidades procesales", en el libro colectivo "Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012, Comentado con artículos explicativos de miembros del ICDP", publicación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, agosto de 2014, página 257.

¹⁸ Azula Camacho, Jaime. Manual de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Bogotá, 2016, página 349.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

tales sociedades al extremo pasivo de la contención que devino impracticable por efecto que el escrito correspondiente y sus solicitudes carecieron de capacidad para lograr tal efecto. Las circunstancias de tiempo y modo indican que se rituó una etapa con plenitud de formas: solicitud, análisis que condujo a la inadmisión, opción de enmienda, defecto de la misma y consecuencia de irrealizable de aquella solicitud, y no por un capricho del Tribunal, sino derivado de la aplicación de la legislación pertinente.

"Descrito de otra manera, la Convocante ejerció la prerrogativa legalmente amparada de incluir a tales sociedades como integrantes del extremo contencioso, pero en virtud del defecto de la subsanación que suscitó la inadmisión de la reforma de la demanda, que constituyó la primera determinación del Tribunal, que no se enmendó en forma y oportunidad, fue indispensable su rechazo con la consecuencia irreversible que la controversia jurídico procesal se trabó con la parte identificada inicialmente en la demanda original, la misma que fue objeto de reforma que, como se vio, se malogró.

"El Tribunal en varias oportunidades, en prueba de que este asunto reflexivamente ha sido abordado de fondo en repetidas ocasiones, ha señalado la imposibilidad de conformar el litisconsorcio por pasiva con las aludidas sociedades halla su causa inicial en dicha circunstancia; en tal sentido estima útil transcribir apartes de lo indicado en diferentes momentos, así:

""Mediante auto número 14 de 15 de marzo de 2017, el Tribunal denegó el recurso de reposición por considerar que había precluido la oportunidad procesal para subsanar la reforma de la demanda sin haberlo hecho y menos aún cuando el ordenamiento jurídico no preveía la figura procesal del "retiro parcial de la reforma de la demanda" en dicha instancia procesal".

"Corolario de lo anterior es que la determinación de negar el litisconsorcio por la pasiva proviene de las actuaciones procesales que implican beneficios y cargas, dado el carácter preclusivo de los términos procesales, para las partes que pueden o no atender los términos legales o emplear las prerrogativas legalmente previstas, o acoger o no las opciones legales sustantivas o procesales o hacerlo en unas determinadas condiciones o con arreglo a unas modalidades específicas y

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

que al hacerlo o dejar de hacerlo asumen las consecuencias legalmente previstas; en este caso, se observa que no hay un capricho o arbitrio irracional del Tribunal al negar la solicitud de integración del litisconsorcio pasivo fundamentalmente porque -de manera concreta- tal petición provenía de un libelo que pretendía reformar la demanda inicial que fue menester rechazar por las razones indicadas en el auto 13 de 15 de marzo de 2017, lo que significó que los extremos de la relación quedaron identificados como las partes que han acudido regularmente al proceso y la contención trabada entre ellas. El carácter preclusivo implica que se cierran las etapas del proceso sin que sea posible plantear de nuevo lo ya decidido en las precedentes."

"En este orden de ideas, conforme a lo previsto en el artículo 13 del Código General del Proceso, las normas procesales son de orden público, de obligatorio cumplimiento y no pueden ser derogadas por los funcionarios o los particulares. Si se coteja la actuación procesal surtida al momento de rechazarse la reforma de la demanda frente a lo previsto en el mencionado artículo 13 del Código General del Proceso se tiene que para el Tribunal y en especial frente a las sociedades promitentes de la constitución de una sociedad futura, que son las sociedades requeridas para que conformen por pasiva el litisconsorcio, se observa que el carácter secuencial de las etapas procesales transitó de inadmisión de la reforma de la demanda a su rechazo con la consecuencia inevitable que se erige en el fundamento de la solicitud de nulidad, que ya fue denegada y cuyo medio de impugnación se resuelve en el presente auto.

"El Tribunal, por consiguiente, no observa que haya infracción al orden público o a las formas procesales como para que pueda configurarse una situación que implique la declaratoria de nulidad; por el contrario identifica el empleo legítimo de oportunidades y herramientas contenidas en la legislación con los efectos previstos en las normas procesales que son de orden público. Por lo demás, en el auto recurrido se hizo un repaso de cada una de las hipótesis legales contenidas en el artículo 133 del Código General del Proceso y se concluyó que no había concomitancia; en el escrito de reposición la Convocante señala que se trata específicamente la causal de nulidad impetrada de no haberse citado en debida forma a cualquiera otra persona o entidad que de acuerdo con la ley ha debido ser citado, a propósito de lo cual se precisa que en el trámite se empleó la opción de citárseles, sin que hubiese concluido satisfactoriamente por la repetidas razones señaladas y que tal

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

situación luego constituyó ley del proceso sin que, además, se estimara de recibo oficiosamente su citación.

"El ejercicio de prerrogativas u opciones legalmente admitidas, que se emplean pero que no obtienen el resultado anhelado o esperado por la parte que los utiliza no puede implicar, para el Tribunal, que se limite la consolidación de las situaciones procesales tanto para el proceso como para la otra parte, es decir, que frente a una situación derivada de un legítimo uso de mecanismos procesales resulta limitada para el juez la capacidad de subsanarse o corregirse aquella directamente, dado el carácter de orden público de las normas procesales, pues ello implicaría su infracción a las normas procesales y de paso se alteraría la igualdad de las partes, a la cual se hizo mención en la parte inicial de este auto.

"Entiende así el Tribunal que no se trata que una omisión (como fue identificada en la página 13 el escrito de reposición en el acápite de "La oportunidad para advertir sobre la existencia de causal de nulidad") de la identificación de los integrantes del litisconsorcio por pasiva pueda ser suplida por el juez, pues perturbaría la regularidad del proceso o que esa omisión se entienda como sucedánea o sustitutiva de una específica actuación procesal que se dio y surtió efectos, como fue justamente la secuencial del rechazo de la demanda que procuraba la incorporación como integrantes de la parte demandada a título de litisconsortes de las sociedades mencionadas en diferentes oportunidades, a lo largo del trámite y específicamente en el auto que denegó la solicitud de nulidad y en el presente que resuelve el recurso de reposición intentado contra aquella.

"Y si ello es así, como lo entiende el Tribunal, tampoco podría tornarse próspero el recurso, pues con arreglo a lo descrito, es decir frente a la actuación de la apoderada de la Convocante, ese sería el resultado previsto por la ley procesal, toda vez que "No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina" (Artículo 135 del CGP), de suerte que, de haber alguna nulidad, de nuevo hipotéticamente, esta no podrá ya ser alegada, por los motivos anteriormente señalados a los que se agregan otros, muy especialmente el hecho de que, a juicio del Tribunal, no sea forzoso integrar el litisconsorcio reclamado, lo que explica que no haya procedido de oficio en esa dirección.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"2. En segundo lugar, este Tribunal, en forma diáfana, ha tenido ocasión de expresar que, a su juicio, en rigor, no se reúnen los presupuestos que indefectiblemente se requieren para la configuración de un litisconsorcio necesario, parecer que contrasta con el de la Convocante, de lo que se sigue que no es de recibo, tampoco, hacer la correspondiente integración de manera oficiosa, precisamente por las razones que en su momento esgrimió este Panel, a las que de nuevo se remite para todos los efectos, por ser ley del proceso y, por contera, un aspecto ya definido, el cual, por lo tanto, no debiera ser objeto nuevamente de controversia en el marco de este litigio.

"En relación con el litisconsorcio necesario por pasiva, y las razones por las que el Tribunal estima que no es menester integrarlo en el presente tramite entre la sociedad convocada, IGT GAMES S.A.S. y las compañías IGT COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA (antes GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA.), IGT GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED (antes GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED), e IGT FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA (antes GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA), el Tribunal estima pertinente reafirmar los argumentos contenidos en los autos 23 y 25 del 28 de julio de 2017, incorporados en el acta No. 20, en los que están registradas, in extenso, las razones por las que se estima que no se cumplen en este asunto los requisitos establecidos la normatividad aplicable para proceder en la forma varias veces solicitada. Dichos argumentos, en síntesis, son los siguientes:

"a. A la luz de la normativa contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las partes del contrato estatal, cuando se ha proferido el acto de adjudicación a favor de los proponentes que han participado en el proceso de selección bajo la figura de la promesa de sociedad futura, son, únicamente, la entidad estatal contratante y la persona jurídica que nace como consecuencia del compromiso adquirido por quienes suscribieron el documento contentivo del contrato de promesa de sociedad bajo la condición de resultar elegidos en el referido proceso de contratación. En consecuencia, los proponentes, partes en el contrato de promesa de sociedad futura, en rigor no son a su vez parte en el contrato estatal que posteriormente se celebra, en cuanto que los derechos y las obligaciones del contrato recaen exclusivamente en cabeza de la persona jurídica societaria.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*"b. Es diferente de lo atinente a las partes contractuales la responsabilidad solidaria que la ley, como mecanismo de garantía, asigna a los socios en las sociedades de objeto único que surgen como resultado de los procesos de contratación en los que dicha figura se utiliza. El parágrafo 3º del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 establece que "[e]n los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, **la responsabilidad y sus efectos** se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios" (se destaca), y, por su parte, el numeral 1º del artículo 7, antes mencionado, dispone que los integrantes del consorcio responden "solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato".*

"En ese contexto, los socios están llamados a responder por el incumplimiento del ente societario respecto de las obligaciones adquiridas por virtud del negocio jurídico celebrado, sin que con ello se les haya otorgado o extendido la calidad de parte en el contrato estatal, la cual no puede depender de la existencia o no de 'garantes'.

"c. La solidaridad pasiva no tiene como efecto la conformación de un litis consorcio necesario, situación que releva al juez de ordenar la integración del contradictorio, en cuanto que en este tipo de relaciones el proceso puede tramitarse hasta su finalización y puede proferirse sentencia de merito sin la comparecencia de todos los sujetos que hayan asumido una responsabilidad solidaria.

"d. Si bien en las pretensiones de la demanda se hace referencia a la interpretación y alcance de la propuesta presentada por las sociedades prometientes de sociedad futura, estima el Tribunal que dichas declaraciones están enderezadas a determinar el ámbito de los compromisos asumidos por la sociedad Convocada, IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S.), como concesionaria en el Contrato 887 de 2011, razón por la cual no se estima indispensable la comparecencia a este proceso de las socias de la sociedad de objeto único, en cuanto al aspecto mencionado, para que la controversia pueda definirse con una providencia de mérito.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"e. Las inhabilidades establecidas en el estatuto de contratación administrativa se imponen en virtud de un trámite reglado, y dicho escenario no es ciertamente el proceso arbitral que ocupa la atención del Tribunal, el que no tiene dichos alcances y objetivos, a lo que se agrega que, por la naturaleza esencialmente negocial del pacto arbitral y por la naturaleza del trámite (proceso declarativo), que este panel arbitral vincule a los socios de la sociedad de objeto único por una inexistente función sancionatoria de este tipo de actuación en razón de que el arbitramento es un proceso que no persigue imponer sanciones en el campo disciplinario o inhabilidades del tenor mencionado en la petición, ni tampoco sus decisiones comportan un 'acto administrativo' ('...debido proceso administrativo').

"Las anteriores consideraciones han servido de fundamento al Tribunal para considerar que en esta actuación no corresponde integrar el litisconsorcio por la parte pasiva en la forma solicitada por la Convocante, lo que reitera nuevamente en la presente providencia.

*"3. No obstante lo anterior, suficiente, de por sí, para no acceder al recurso de reposición interpuesto, en todo caso encuentra el Tribunal que la solicitud de nulidad formulada no puede abrirse paso, entre otras razones por cuanto éste, únicamente en gracia de discusión y en forma meramente hipotética, es decir, sin comprometer la argumentación ya aducida y por esgrimir en otros momentos procesales (laudo), podría proceder a realizar la integración del litisconsorcio echado de menos por la apoderada de la Convocante en otra oportunidad procesal, tal y como ella misma expresamente lo reconoce en su escrito, habida cuenta que hasta antes del laudo ello podría tener cabida de ser procedente, claro está, tanto que el artículo 134 del CGP, en su último inciso, reconoce que "Cuando **exista** litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia ésta se anulará y se integrará el contradictorio" (se destaca).*

"Por lo tanto, desde la perspectiva indicada, y sin que ello quiera significar que el Tribunal lo hará posteriormente, hoy no podría decretarse una nulidad, que como es sabido y como lo expresó precedentemente el Tribunal, es una grave e irremediable secuela que se origina en una manifiesta irregularidad tal que, de no accederse a ella (la nulidad), se generaría una situación a todas luces perturbadora que no se podría corregir de ningún otro modo. Al fin y al cabo, por antonomasia, las nulidades son el último recurso al cual debe acudir el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

juzgador, puesto que la regla cardinal en la materia es la de la preservación de los efectos del proceso judicial (regularidad procesal).

"De allí que si la ley admite que en ulteriores etapas procesales se pueda llevar a cabo la consabida integración del litisconsorcio, este sólo hecho, dialéctica y argumentalmente, vale decir sin que se esté siquiera sugiriendo la idea de que luego lo hará, es demostrativo de que no es de recibo la petición de la actora, la que, sin perjuicio de reiterarse la conocida postura de este Tribunal, formalmente resultaría prematura, pues en abstracto no puede anticiparse a fases que no han acontecido, luego por sustracción de materia, igualmente, no es viable la declaratoria de nulidad impetrada.

"Expresado de otro modo, si la misma actora es consciente que hay otras oportunidades para integrar el litisconsorcio que reclama, y que sin que por ello se contemple la posibilidad de hacerlo por parte de este Tribunal, se reitera, no se entiende como en esta fase procesal ella pretenda que se decrete una nulidad, por lo demás inexistente.

"4. El Tribunal reafirma que el citado artículo 135 del Código General del Proceso exige que la solicitud de nulidad sea presentada por iniciativa de parte para cuyos efectos "es menester que el peticionario esté legitimado para alegarla"¹⁹.

"De forma particular, tratándose de la causal octava de nulidad, esto es, "la falta de notificación o emplazamiento en legal forma", la jurisprudencia, como ya se ha señalado, ha determinado que "sólo podrá ser alegada por la persona afectada, a quien el vicio haya generado lesión o menoscabo de sus derechos"²⁰.

"En particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, actuando como juez constitucional, ha señalado sobre el punto lo siguiente:

""En efecto, en cuanto hace a la alegada falta de integración del litisconsorcio necesario, como causal de nulidad, el Tribunal a más de

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de febrero de 2003, expediente no. 7509.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 22 de septiembre de 2004, exp. No 1993-09839-01).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

señalar que tal hipótesis no la contemplaba el ordenamiento como causal de suspensión o interrupción del proceso, concluyó que el recurrente carecía de interés procesal para deprecarla, de conformidad con lo previsto en el artículo 143, inciso tercero, del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor "la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, solo podrá alegarse por la persona afectada (...)" y luego de realizar el análisis pertinente concluyó que " (...) la acción de tutela no puede abrirse paso, toda vez que mediante consideraciones que no contrarían el ordenamiento jurídico, la judicatura negó la solicitud de nulidad procesal por supuesta falta de integración del litisconsorcio necesario y concurrencia de una causal de suspensión (...) ".²¹

"No sobra recordar a este respecto que el artículo 78, num. 4º del Código General del Proceso establece que es deber de las partes y de sus apoderados "[r]ealizar las gestiones y diligencias necesarias para lograr oportunamente la integración de contradictorio", lo que sin duda es indicativo del rol que las partes están llamadas a desempeñar en esta materia.

"Finalmente, el Tribunal reitera lo indicado por la Comisión Redactora del Proyecto del Código General del Proceso, al indicar que: "[p]ara el evento en que un litisconsorte necesario no ha sido notificado, deberá alegar la nulidad el litisconsorte pretermitido, dado que los demás no tienen legitimidad, a pesar de tener interés. Por ello se sugiere que se precise en el primer inciso del artículo que quien alegue la nulidad debe tener legitimidad para proponerla".²²

"Con fundamento en lo anterior, reafirma que la parte Convocante, en cabeza de su apoderada judicial, no se encuentra legitimada para alegar la nulidad por la falta de notificación de las sociedades IGT.

"5. Por último, en lo que concierne a la solicitud formulada por la parte Convocada, en el sentido de "apremiar a COLJUEGOS para que se abstenga de adelantar actuaciones que dilaten, entorpezcan u

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 11 de febrero de 2011. Expediente 11001-02-03-000-2011-00166-00

²² Acta No. 38 de la sesión en la sede del Instituto Colombiano de Derecho Procesal realizada el 28 de julio de 2004.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

obstaculicen el normal curso del proceso”, considera este Tribunal que, respecto a la descrita situación de reiteración y el elevado número de solicitudes y recursos formulados por la parte Convocante en idéntica o similar dirección al recurso que hoy desata este panel arbitral, no es pertinente proceder en tal sentido, por no verificarse los supuestos legales para dicho efecto, lo que no se opone, sin embargo, para reiterar la conveniencia de impulsar este proceso de la manera más expedita y oportuna posible, y con observancia de la garantía de igualdad de las partes, descrita en el artículo 13 de la Constitución Política y el artículo 4 del Código General del Proceso.

“Por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia, el Tribunal decide no reponer y en su lugar confirmar el Auto No. 67 de 14 de noviembre de 2018.”

5.5.- Una vez resuelto el recurso de reposición interpuesto, el Tribunal mediante Auto No. 70 (Acta No. 46) de 23 de noviembre de 2018 y por haberse practicado la totalidad de las pruebas dentro del presente trámite arbitral, decretó el cierre de la etapa probatoria y fijó fecha para audiencia de alegatos de conclusión para el día 13 de diciembre de 2018. De igual manera y en atención a la objeción realizada respecto de los gastos de la pericia a cargo de Jega Accounting House Ltda, se profirió el Auto No. 72 en el cual se ratificó el cierre de la etapa probatoria y la fecha para la audiencia de alegatos de conclusión inicialmente fijada

6.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el término transcurrido del proceso, contado desde la primera Audiencia de Trámite, la cual finalizó el 28 de julio de 2017, hasta el día de hoy, es de doce (12) meses y siete (7) días del término del Tribunal. El Tribunal mediante Auto No. 46 prorrogó el término por seis (6) meses adicionales y las partes, tal como obra en auto No. 65, modificaron el pacto arbitral que sirve de sustento al presente trámite arbitral estableciendo el plazo para el proceso por un término de nueve (9) meses.

La partes han solicitado las siguientes suspensiones:

Entre los días 29 de julio de 2017 y 28 de agosto de 2017, 1 de septiembre de 2017 y 18 de septiembre de 2017, entre los días 12 de octubre de 2017 y 23

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

de octubre de 2017, 25 de octubre de 2017 y 30 de octubre de 2017, 7 de noviembre y 20 de noviembre de 2017, 22 de noviembre de 2017 y 26 de noviembre de 2017, 7 de diciembre de 2017 y 1 de febrero de 2018, 5 de octubre de 2018 y 31 de octubre de 2018, 2 de noviembre de 2018 y 13 de noviembre de 2018, y 14 de diciembre y 24 de diciembre de 2018, ambas fechas inclusive. Lo cual corresponde a un total de ciento veinte (120) días hábiles de suspensión del proceso.

Lo anterior implica que, de conformidad con lo ordenado por el Artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, al término de duración del proceso (9 meses) y la prórroga (6 meses) deben agregarse los 120 días hábiles durante los que el proceso estuvo suspendido.

En consecuencia, el término de duración del proceso vencerá el 24 de abril de 2019, por lo que el presente laudo arbitral se profiere de manera oportuna.

**CAPÍTULO SEGUNDO
SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA**

1.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Las pretensiones de la Parte Convocante fueron formuladas en los siguientes términos:

"4.1. Declarativas

4.1.1. Declarar que el contenido del Documento de 5 de abril de 2011 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011 publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011 hace parte integral del pliego de condiciones y por tanto del contrato 887 de 2011.

4.1.2. Declarar que conforme al contenido del Documento de 5 de abril de 2011 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011 publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011, el derecho del concesionario a utilizar el SISTEMA por el cual se opera del Juego Loto EN LÍNEA BALOTO para la operación de otros juegos de suerte y azar y para uso comercial, está condicionado al acuerdo previo entre las partes sobre

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

la remuneración por tal concepto a la propietaria del SISTEMA, hoy COLJUEGOS, plasmado en el respectivo otrosí.

4.1.3. Declarar que conforme a las cláusulas del contrato 887 de 2011 entendidas íntegramente con el pliego de condiciones y las aclaraciones al pliego, el único evento en el cual el concesionario GTECH S.A.S. está exento de pagar a la concedente por el uso del SISTEMA, es con ocasión de su utilización para la operación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO.

4.1.4. Declarar que el pago realizado por la concesionaria GTECH S.A.S., durante la ejecución del contrato 887 de 2011, a título de gastos de administración, sólo concierne a uno de los pagos a los que está obligada por la ley de régimen propio del monopolio de los juegos de suerte y azar, y como parte de la contraprestación por la operación del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO.

4.1.5. Declarar que el pago realizado por la concesionaria GTECH S.A.S., a título de gastos de administración, no constituye retribución por la utilización del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS, para la operación de otros juegos de suerte y azar y de servicios comerciales.

4.1.6. Declarar que conforme a la Cláusula Quinta del contrato 887 de 2011, el mantenimiento del SISTEMA es una obligación que corresponde al concesionario y cuyo pago se realiza con cargo a las ventas brutas del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO.

4.1.7. Declarar que en los términos de la Cláusula Quinta del Contrato de concesión 887 de 2011, la retribución del contratista por la operación y explotación del juego de suerte y azar LOTO EN LÍNEA BALOTO, solo corresponde al porcentaje sobre los ingresos brutos de ese juego, predeterminado en esa cláusula.

4.1.8. Declarar que el estudio de factibilidad de la explotación del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO por el término de 5 años comprendidos entre el 19 de abril de 2012 y el 19 de abril de 2017, incorporado en la propuesta presentada por GTECH S.A.S. dentro de la Licitación pública 001 de 2011, que arrojó un resultado positivo, no tuvo en cuenta los ingresos provenientes del uso del SISTEMA en actividades diferentes a la explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

4.1.9. Declarar que la concesionaria GTECH S.A.S. ha incumplido el contrato de concesión 887 de 13 de junio de 2011, cláusulas Sexta – ff aclarada mediante documento de 5 de abril de 2011 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011 publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011, así como la cláusula Octava No. 6, al haber utilizado el SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS, para la operación de otros juegos de suerte y azar sin que previamente hubiera llegado a acuerdo sobre la remuneración a pagar por el uso del SISTEMA para esos efectos y sin que se hubiera suscrito el respectivo otrosí.

4.1.10. Declarar que la concesionaria GTECH S.A.S. ha incumplido gravemente el contrato de concesión 887 de 13 de junio de 2011 al haber utilizado el SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS para la prestación de servicios comerciales, sin que previamente se hubiera llegado a acuerdo sobre la remuneración a pagar a la concedente por tal concepto y sin que se hubiera suscrito el respectivo Otrosí.

4.1.11. Declarar que la concesionaria GTECH S.A.S. ha incumplido gravemente el contrato de concesión 887 de 13 de junio de 2011 cláusula Sexta – ff y su aclaración contenida en el documento de 5 de abril de 2011 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011 publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011, al haber utilizado el SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS para la operación de otros juegos de suerte y azar, sin que hasta la fecha de la demanda haya pagado contraprestación alguna por tal concepto a la concedente.

4.1.12. Declarar que la concesionaria GTECH S.A.S. ha incumplido gravemente el contrato de concesión 887 de 13 de junio de 2011 Cláusula Sexta – ff y su aclaración contenida en el documento de 5 de abril de 2011 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011 publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011, al haber utilizado el SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS para la prestación de servicios comerciales, sin que hasta la fecha de la demanda haya pagado contraprestación alguna por tal concepto a la concedente como propietaria del SISTEMA.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

4.1.13. Declarar que el incumplimiento de la concesionaria en el pago de retribución a COLJUEGOS por el uso del SISTEMA para operar otros juegos de suerte y azar y para servicios comerciales ha dado lugar a que ésta se lucre directamente o ha permitido que terceros se lucren de la utilización de un bien de propiedad del Estado, esto es del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS, sin reconocer retribución alguna por tal concepto a favor del propietario del bien.

4.1.14. Declarar que la concesionaria GTECH S.A.S. ha incumplido gravemente la cláusula Sexta – r, del contrato de concesión 887 de 13 de junio de 2011, al negarse sistemáticamente a atender los requerimientos de información formulados por COLJUEGOS y por el Interventor del contrato, sobre el uso del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar y para usos comerciales.

4.1.15. Declarar que el grave incumplimiento en que ha incurrido GTECH S.A.S. en relación con el deber de información sobre la utilización del SISTEMA para actividades diferentes a la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO, ha impedido a COLJUEGOS ejercer adecuadamente la labor de inspección, vigilancia y seguimiento que le competen sobre un bien de propiedad del Estado.

4.1.16. Declarar que el grave incumplimiento del deber de información en que ha incurrido GTECH S.A.S. en relación con la utilización del SISTEMA para actividades diferentes a la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO, ha impedido a COLJUEGOS contar con elementos concretos que le permitan la liquidación de las sumas a reclamar por la utilización del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar y para uso comercial.

Las siguientes pretensiones 4.2.1 y 4.2.2. fueron aclaradas en el escrito subsanatorio presentado por las parte Convocante el día 14 de marzo de 2016, las demás que a continuación se transcriben corresponden a las establecidas en la demanda inicial.

"4.2. De condena

4.2.1. Como consecuencia de la prosperidad de las declaraciones contenidas en las pretensiones 4.1.9 y 4.1.11., condénese a la concesionaria GTECH S.A.S. a pagar a COLJUEGOS por la utilización del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

SISTEMA de propiedad de la entidad estatal, para la operación de juegos de suerte y azar, durante el todo el tiempo de ejecución del contrato 887 de 2011, la suma doce mil seiscientos veinte (SIC) dos millones doscientos ochenta y ocho mil setecientos 12.622.288.700 o aquella a que tiene derecho conforme se determine por peritos.

4.2.2. Como consecuencia de la prosperidad de las declaraciones contenidas en las pretensiones 4.1.10 y 4.1.12, condénese a la concesionaria GTECH S.A.S. a pagar a COLJUEGOS por la utilización del SISTEMA de propiedad de la entidad estatal, para la prestación de servicios comerciales durante el todo el tiempo de ejecución del contrato 887 de 2011, la suma de veintitrés mil ochocientos veintiséis millones setecientos once mil trescientos 23.826.711.300. o aquella a que tiene derecho conforme se determine por ellos.

4.2.3. Las sumas a pagar a COLJUEGOS por los conceptos relacionados en las pretensiones de condena 4.2.1. y 4.2.2., deberán ser calculadas sobre todos los ingresos brutos producidos con ocasión de la explotación del SISTEMA, directamente por la concesionaria o por terceros autorizadas por ésta para tales actividades.

4.2.4. Las sumas a pagar a COLJUEGOS conforme a las pretensiones de condena 4.2.1. y 4.2.2 deberán ser actualizadas desde su causación hasta la fecha del pago, en los términos del artículo 4 del ECAP.

4.2.5. Dispóngase el pago de intereses moratorios sobre las sumas a que se refieren las pretensiones de condena 4.2.1. y 4.2.2, desde la fecha de causación hasta la del pago, a la tasa máxima permitida por el ECAP.

4.2.6. Dispóngase que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, deben pagarse en favor de la CONCEDENTE intereses moratorios sobre las sumas a las que el laudo condene, desde el día siguiente al término establecido en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, esto es, con independencia de la interposición de dicho recurso y por supuesto frente a su resolución favorable a la convocante.

Pretensión subsidiaria de la anterior 4.2.6.

En caso de que se asuma que la ejecutoria del laudo solo se produce con

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

la ejecutoria de la sentencia del Consejo de Estado que decida negativamente el recurso de anulación, dispóngase que la convocada debe pagar a favor de la CONCEDENTE intereses comerciales sobre las condenas impuestas en el laudo, a partir del día siguiente al término establecido en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, esto es con independencia de la interposición de dicho recurso.

4.2.7. Condénese en costas a la parte demandada a favor de la convocante"

2.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Los hechos de la demanda que sirven de fundamento a las pretensiones son los siguientes:

"5.1. LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EL ESTADO, PARA LA EXPLOTACIÓN DEL JUEGO DENOMINADO LOTO EN LÍNEA - BALOTO

La operación en Colombia del juego de suerte y azar novedoso LOTO EN LÍNEA - BALOTO, ha estado regida por tres (3) contratos de concesión, incluido aquel del cual proviene la controversia que en esta oportunidad se somete a decisión, a saber: el 117-99, el 851 de 2010 y el 887 de 2011.

5.1.1. EL CONTRATO 117-99

5.1.1.1. Con el "...propósito de cumplir con el objetivo señalado en el artículo 42 de la ley 10 de 1990, modificado por el artículo 285 de la ley 100 de 1993, es decir, la generación de Transferencias al Sector Salud y Derechos de Explotación..."²³, el juego Loto en Línea se introdujo al país por virtud de un primer contrato identificado con el número 117-99, celebrado como de prestación de servicios el 22 de diciembre de 1999 entre la EMPRESA COLOMBIANA DE RECURSOS PARA LA SALUD S.A. ECOSALUD S.A., como contratante y la sociedad GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION como contratista, para el "diseño, montaje, instalación, implementación y operación del juego denominado LOTO EN LINEA el cual funcionará en todo el territorio nacional..."

5.1.1.2. En acatamiento al concepto de 12 de octubre de 2.000 de la SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO²⁴, el contrato fue modificado para tipificarlo como de concesión mediante el otrosí No. 1 de 28 de diciembre de 2.000:

²³ Los apartes entre comillas son tomados del contrato 117-99 en su versión original.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1299.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- El contrato para el diseño, montaje, instalación y operación del juego denominado Loto en línea, es de concesión y, por su virtud, la concedente ECOSALUD S.A., como titular del monopolio del juego "LOTO EN LÍNEA" concede a el (sic) concesionario CONTRATISTA, la explotación y operación en el Territorio de la República de Colombia, del juego Loto en Línea. En consecuencia, el objeto de este contrato concierne a la explotación y operación del juego loto en línea y, por consiguiente, EL CONTRATISTA, se obliga para con ECOSALUD, a explotar y operar, por su cuenta, riesgo y costo, el juego loto en línea, en un todo de conformidad con la Constitución Política, la Ley, normas reglamentarias, los términos y condiciones pactados en este contrato, su oferta y considerando, la titularidad única y exclusiva del Estado del monopolio rentístico sobre el mismo y la destinación de sus recursos. Para tal efecto, en desarrollo del objeto contractual, de acuerdo con las actividades y condiciones contenidas en su propuesta, se obliga a desarrollar y ejecutar las siguientes: a) DISEÑAR el Sistema (como se define mas adelante) de apuesta en línea para el juego denominado LOTO EN LINEA para todo el territorio nacional; b) HACER EL MONTAJE de todos los equipos y elementos que comprendan el Sistema para operar el juego mencionado en todo el territorio nacional; c) INSTALAR E IMPLEMENTAR todos los equipos, servicios de tecnología y comunicaciones del Sistema, en los lugares ubicados inicialmente en las siguientes ciudades: SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C., CALI, MEDELLÍN y BARRANQUILLA; y luego d) OPERAR el juego denominado LOTO EN LINEA inicialmente en las ciudades citadas en el literal precedente, el cual se extenderá a todo el territorio nacional, de acuerdo al plan de expansión que figura en la página 5-40..."

5.1.1.3. La duración se pactó en 10 años contados a partir de la puesta en marcha de la operación del juego, término cuya prórroga inicialmente se convino hasta por cinco años previo concepto favorable del interventor respecto del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista. De acuerdo con el concepto de 19 de mayo de 2010, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado²⁵, en aplicación de los artículos 7 y 60 de la Ley 643, no se produjo la prórroga.

5.1.1.4. El contrato 117-99 terminó el 17 de enero de 2011 por vencimiento del plazo pactado.

5.1.1.5. A la terminación del contrato se produjo la reversión a ETESA EN LIQUIDACIÓN del "SISTEMA" instalado por GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION, para la operación del juego, conforme consta en la cláusula segunda del contrato 851, suscrito a continuación entre las mismas partes:

²⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1984.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"SEGUNDA: SISTEMA.- Con la firma de este contrato, ETESA EN LIQUIDACIÓN hace entrega formal al CONCESIONARIO, del sistema a través del cual se corre el juego objeto de concesión (en adelante el "Sistema", definido de acuerdo con lo previsto en el Anexo 1 – Descripción del Sistema, el que a su vez deberá ser devuelto por el CONCESIONARIO a ETESA EN LIQUIDACIÓN o a la persona jurídica que éste le indique) a la terminación del contrato, junto con la documentación correspondiente y según lo acuerde ETESA EN LIQUIDACIÓN, como parte del proceso de liquidación del contrato C-117-99, con el actual concesionario.

"PARÁGRAFO PRIMERO: Las partes declaran expresamente que el Sistema a que se hace referencia en la presente cláusula está en proceso de reversión y entrega real y material a favor de ETESA EN LIQUIDACIÓN, como consecuencia de la terminación del contrato de concesión C-117-99, suscrito entre las mismas..."

5.1.2. EL CONTRATO 851 DE 2010.

5.1.2.1. Previa declaración de urgencia manifiesta, el nuevo contrato fue celebrado directamente el 24 de diciembre de 2010 entre ETESA EN LIQUIDACIÓN y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, FILIAL DE GTECH HOLDINGS CORPORATION, por el término de 15 meses contados a partir del 18 de enero de 2011, periodo que la entidad concedente estimó como el necesario para adelantar la licitación pública con el fin de adjudicar la operación del juego a través de un contrato de concesión.

5.1.2.2. Según lo informó ETESA EN LIQUIDACIÓN a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD en comunicación de 11 de enero de 2010, la contratación en estas condiciones obedeció al hecho de que la discrepancia surgida entre las partes del contrato 117-99²⁶ en torno al tema de la reversión del SISTEMA, a la cual se negó inicialmente la concesionaria, para acceder al cumplimiento de esa obligación cuando ya se adelantaba el proceso licitatorio para la celebración del nuevo contrato, dio lugar a la suspensión de ese proceso en cuyo prepliego se había optado, ante la controversia, por exigir a los proponentes el ofrecimiento del suministro de tal herramienta tecnológica:

"Habiendo adelantado dichos trámites, el 25 de octubre de 2010 se efectuó la publicación del prepliego en la página web de la Entidad. No obstante, en desarrollo de la etapa de observaciones y en atención a las mismas, se procedió a la suspensión del proceso, atendiendo la aceptación por parte del concesionario de dar cumplimiento a la cláusula de reversión pactada contractualmente y la necesidad de garantizar la continuidad del juego.

²⁶ Las mismas del contrato 851, esto es Etesa en Liquidación que sustituyó a ECOSALUD y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"... Atendiendo las circunstancias y el concepto antes señalado, se procedió a expedir la Resolución 1616 de 2010, por medio de la cual se declaró "(...) la urgencia manifiesta con el fin de celebrar de manera directa los contratos que se requieran para la operación temporal del juego novedoso LOTO EN LINEA BALOTO

"En ese orden y en consideración a la experiencia, la facilidad en la operación y las condiciones económicas por él ofrecidas, el 24 de diciembre de 2010 se procedió a contratar, de manera directa, la operación del juego con la firma GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION, actual operador del mismo"²⁷.

5.1.2.3. El objeto del contrato 851, se determinó como:

"la concesión de la explotación y operación en todo el territorio nacional, con exclusividad, del juego sistematizado, en línea y tiempo real de tipo novedoso denominado LOTO EN LÍNEA-BALOTO, que hace ETESA en Liquidación a favor del CONCESIONARIO, parte esta última que se obliga a operar dicho juego por su cuenta y riesgo, pagando como contraprestación los derechos de explotación y gastos de administración a que hace referencia la Ley 643 de 2001, modificada por la Ley 1393 de 2010."

5.1.2.4. El acta de liquidación de este contrato fue suscrita entre las partes el 18 de noviembre de 2013.

5.1.3. EL CONTRATO 887 DE 13 DE JUNIO DE 2011

5.1.3.1. EL PROCESO LICITATORIO QUE DIO ORIGEN AL CONTRATO 887 DE 2011

5.1.3.1.1. A través de la Licitación pública 001 de 2011 adelantada por ETESA EN LIQUIDACIÓN como entidad concedente, se seleccionó al concesionario que por su cuenta y riesgo se encargaría por un término de cinco años improrrogables, de la explotación del juego de suerte y azar tipo novedoso denominado LOTO EN LÍNEA – BALOTO.

5.1.3.1.2. El pliego de condiciones permitió la presentación de propuesta a través de la figura de promesa de sociedad futura, con la condición de que los promitentes fueran personas jurídicas:

"1.12.2. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

²⁷ Así lo explicó Etesa al Superintendencia de Salud en comunicación de 11 de enero de 2010 (sic), que se adjunta.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"En este proceso se considera que tiene lugar la presentación de una propuesta mediante una promesa de sociedad futura, persona jurídica que deberá ser constituida por personas jurídicas, con el único objeto de participar en esta Licitación, bajo las modalidades previstas en la ley, con el propósito único de presentar la propuesta (s) y ejecutar el contrato correspondiente a esta Licitación."

5.1.3.1.3. Conforme con lo autorizado por el pliego de condiciones²⁸, y bajo la égida de los artículos 7 parágrafo 3 de la Ley 80 de 1993 y las normas aplicables del Código de Comercio en tanto no se opongan a las disposiciones del ECAP, las sociedades GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA, GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, se presentaron al proceso licitatorio como suscribientes del contrato de promesa de constitución de sociedad futura GTECH S.A.S.

5.1.3.1.4. Del contrato de promesa de constitución de sociedad celebrado el 4 de abril de 2011, entre: GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED (GTECH GLOBAL), GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA (GTECH COMUNICACIONES) y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA se destacan a continuación los términos más relevantes para este asunto:

"que las partes están interesadas en presentar propuesta, bajo la estructura plural, promesa de sociedad futura...

"...por tanto, en virtud del presente contrato, los promitentes acuerdan celebrar una Promesa de Sociedad Futura que está regida en su totalidad por las siguientes

"CLÁUSULAS

"...Accionistas: Son las Partes, los cuales serán accionistas de la Sociedad en la proporción señalada en los Estatutos.

"...Promesa de Sociedad Futura: Es la promesa de contrato de sociedad que celebran dos o más personas, jurídicas, nacionales o extranjeras, interesadas en participar en la Licitación, sometándose el perfeccionamiento del Contrato prometido (el de la sociedad) a la condición única de que el Contrato objeto de la Licitación le sea adjudicado al Proponente bajo esta modalidad de asociación, en los términos del inciso final del parágrafo 2 del artículo 32, de la Ley 80 de 1993...

"...9. COMPOSICIÓN ACCIONARIA: La composición accionaria de la Sociedad que se constituya en virtud del presente Contrato, durante el desarrollo del Contrato de Concesión deberá ajustarse a las siguientes reglas en relación con el derecho de preferencia en la negociación de acciones:

²⁸ Aparte 1.12.2. del Pliego de Condiciones definitivo.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"Toda cesión o transferencia de acciones a cualquier título, aún cuando se trate de transacciones que se rijan por el derecho de preferencia, se subordinará en todos los casos a la autorización previa y escrita de EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD, ETESA EN LIQUIDACIÓN o la entidad que haga sus veces, la que se encontrará sometida al cumplimiento de los requisitos y procedimientos previstos para tal efecto en el correspondiente Contrato de Concesión

*"...12. RESPONSABILIDAD. La responsabilidad de los socios una vez constituida la sociedad y sus efectos respecto de los firmantes del presente Contrato y de los Accionistas frente a la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD, ETESA EN LIQUIDACIÓN, se regirán por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993 o en la ley que la reemplace o la sustituya, para los consorcios. **En consecuencia, los socios constituyentes, o aquellos que los sustituyan en todo o en parte mediante la cesión o transferencia de su participación, responderán solidariamente por todas y cada una de las obligaciones y sanciones derivadas de la propuesta y del contrato, de manera que las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los (accionistas) miembros que la conforman...**" (Hemos resaltado)*

5.1.3.1.5. Al proceso licitatorio también concurrió como oferente la sociedad Corredor Empresarial S.A.

5.1.3.1.6. Como documentos del proceso licitatorio, la entidad concedente puso a disposición de los interesados el estudio de viabilidad del Juego que realizó con base en los datos históricos arrojados en desarrollo de los anteriores contratos de concesión y el ESTUDIO DE MERCADO DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR elaborado por el Centro Nacional de Consultoría, entregado en octubre de 2010 —punto 1.5.1. del Pliego de Condiciones—.

5.1.3.1.7. En la determinación del valor de la propuesta se estableció como elemento central el ofrecimiento de las sumas a pagar por concepto de derechos de explotación y gastos de administración, calculados sobre las ventas brutas del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO cuya operación era el objeto del contrato de concesión:

"PUNTO 2.1. EXIGENCIAS ECONÓMICAS BÁSICAS

"El valor de la propuesta se determinará con base en el ofrecimiento que en moneda legal colombiana, el proponente realice a ETESA EN LIQUIDACIÓN, sobre los Derechos de explotación más gastos de administración que generará la operación del juego, durante la vigencia de la concesión, determinado sobre el valor de los ingresos brutos de cinco años, identificados mes a mes de operación. Entiéndase por ingresos brutos el valor de las ventas brutas menos el IVA.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"2.1.1. PAGO DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN A FAVOR DE ETESA EN LIQUIDACIÓN

"En consonancia con lo dispuesto en la Ley 643 de 2001 y con lo establecido en el Acuerdo 054 de 2010 del Consejo Nacional de Suerte (sic) y Azar, los derechos de explotación que el Concesionario se compromete a pagar corresponden al treinta y dos por ciento (32%) de las ventas brutas.

"En los términos del Decreto 2121 de 2004 se entiende por ventas brutas el valor total de las apuestas sin incluir IVA

"..."

"2.1.2. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

"Sin perjuicio de los derechos de explotación, el Concesionario cancelará a la entidad que defina ETESA EN LIQUIDACIÓN, o quien haga sus veces, por concepto de gastos de administración, el porcentaje máximo que señale la norma vigente al momento del recaudo de dicho valor, el cual se calculará sobre el valor del porcentaje de los derechos de explotación.."

5.1.3.1.8. En consecuencia el pliego de condiciones exigió a cada oferente presentar bajo su responsabilidad su propio estudio de factibilidad a partir de los estudios realizados por ETESA EN LIQUIDACIÓN, con la condición, so pena de rechazo de la oferta²⁹, de que debía reflejar la viabilidad del juego:

"...su estudio de factibilidad a partir de los datos de los estudios previos referenciados, el cual reflejará la viabilidad del juego, de tal forma que los resultados son de exclusiva responsabilidad del OFERENTE, constituyéndose en el elemento que motivó su participación y, en caso de ser el adjudicatario, conformará los soportes de los resultados a obtener con la operación del juego."(1.5.1. del pliego de condiciones)

5.1.3.1.9. Para la evaluación económica y financiera del proyecto, en el pliego de condiciones se exigió que el cálculo de la ecuación económica tuviera en cuenta todo lo que hiciera parte de las cargas económicas de la operación del juego a ser atendidas con los ingresos producto de las ventas brutas del juego, según la proyección establecida:

"2.11. EVALUACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA DEL PROYECTO

Se debe identificar las ventas brutas, devoluciones de ventas si las hay, gastos operativos, gastos administrativos, Derechos de Explotación y Gastos de Administración con destino a ETESA EN LIQUIDACIÓN, premios, otros gastos, otros ingresos, y en general todo aquello que considere el oferente que haga parte de la ecuación de cargas económicas del juego.

"Del presupuesto de ingresos y gastos, se establece un flujo neto de fondos, proyectado al tiempo que dure el proyecto (teniendo en cuenta la proyección de ventas plasmada en el estudio de mercado realizado

²⁹ Pliego de condiciones, punto 1.19 – 10.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

previamente para la presente Licitación Pública por el Centro Nacional de Consultoría, MES a MES, durante la vigencia del contrato)”.

5.1.3.1.10. La presentación con la propuesta de un estudio de factibilidad que revelara un resultado positivo de la operación del juego se estableció en el pliego de condiciones como factor determinante para participar en el proceso licitatorio. Así lo reiteró ETESA EN LIQUIDACIÓN en varias comunicaciones dirigidas a quienes participaron en ese proceso, como lo muestra la comunicación de 25 de febrero de 2011 que dirigió para dar respuesta a las observaciones de CORREDOR EMPRESARIAL S.A., uno de los oferentes:

"consideramos que el estudio de factibilidad es la herramienta necesaria que le permite a cada oferente establecer la viabilidad o no del juego y se constituye en el elemento para determinar su participación en el proceso licitatorio. La óptica de cada oferente sobre la forma como se desarrolla su participación puede variar.

"La proyección que trae el estudio presentado por el Centro Nacional de Consultoría es la base de operación en un escenario moderado, porque el juego actualmente reporta una proyección mayor a la allí contenida. Con fundamento en dichos datos, el operador deberá profundizar, partiendo de su experiencia, de tal forma que cuente con una fuente de información propia sobre la viabilidad del juego que le brinde los elementos de ponderación del riesgo de la operación del mismo."

5.1.3.1.11. El valor de la propuesta dependía del pago ofrecido a título de derechos de explotación y gastos de administración calculados sobre la proyección de ventas estimada en el estudio de factibilidad que cada oferente debía incorporar en su propuesta, ítem que se calificaba hasta con 400 puntos, según se estableció en el punto 5.4.1. del Pliego de Condiciones:

"5.4.1. VALOR DE LA PROPUESTA CON RESPECTO A LA PROYECCIÓN DE VENTAS: 400 PUNTOS

La evaluación se hará con base en la proyección de ventas estimada por el proponente en el estudio de factibilidad que presente, sobre cuyo valor se calcularán los derechos de explotación y los gastos de administración a que se obliga el proponente durante los cinco años de concesión de la operación del juego."

5.1.3.1.12. La presentación de un estudio de factibilidad con una proyección de ventas anuales inferiores a las estimadas por el estudio de mercado presentado por el Centro Nacional de Consultoría, generaba el rechazo de la propuesta y el resultado negativo de tal estudio en todas las propuestas que se presentaran daría lugar al replanteamiento del proceso de selección del contratista. Así lo ratificó la Concedente el 24 de marzo de 2011, en aclaración al pliego solicitada por Corredor Empresarial S.A., uno de los participantes en el proceso licitatorio:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"5. Por otro lado, solicito se nos informe cual es la consecuencia en el evento de que el Estudio de factibilidad arroje un resultado positivo para el juego pero negativo para el operador, puesto que podría ocurrir que una persona jurídica encuentra que el negocio no resulte viable comercialmente, pero tenga interés en operar el juego.

Respuesta: Reiteramos que el estudio de factibilidad, independiente del resultado del mismo, es el insumo que le brinda los elementos de juicio al oferente para participar en la licitación, por considerar viable la operación del juego en las condiciones de tiempo, modo y lugar del contrato objeto del proceso de selección. Si el proponente encuentra que el juego no es rentable, pero insiste en participar en el proceso, puede hacerlo bajo su cuenta y riesgo

6. ¿Cuál es la consecuencia si todos los proponentes presentan estudio de factibilidad con resultados negativos para cada uno? De ser procedente y conforme a lo expuesto, solicito igualmente aclarar el punto 10 numero 1.19 que dispone:

"1.19. CAUSALES DE RECHAZO DE PROPUESTAS

ETESA EN LIQUIDACIÓN rechazará las propuestas cuando se presenten las siguientes causales, que establece como esenciales y cuyo incumplimiento se constituye en impedimento para la selección objetiva:

"(...) 10. Cuando el proponente no presente el estudio de factibilidad, o dicho estudio contenga una proyección de ventas anuales inferiores a las estimadas por el estudio de mercado presentado por el Centro Nacional de Consultoría.

"Respuesta: Las propuestas con estudios de mercado cuyos resultados sean negativos, esto es, inferiores a los que arrojó el estudio del Centro Nacional de Consultoría, serán rechazadas en virtud de la causal establecida en el numeral 10 de la cláusula 1.19 del pliego de condiciones.

"Si todas las propuestas se enmarcan en el numeral 10 de la cláusula 1.19, la entidad procederá al rechazo de las mismas y en este evento se adelantará el procedimiento establecido en el pliego de condiciones."

5.1.3.1.13. Desde la minuta del contrato acompañada al pliego de condiciones se estipuló que la contraprestación del concesionario solo provendría de la explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO.

"CLÁUSULA QUINTA. VALOR DEL CONTRATO, DERECHOS DE EXPLOTACIÓN, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El valor de la contraprestación del CONCESIONARIO provendrá de la explotación y operación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO y se pagará por conducto de la entidad fiduciaria a la cuenta que el CONCESIONARIO determine, en los términos y condiciones que se establezca en el contrato de fiducia que se suscriba para el manejo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

de los fondos provenientes de la operación y explotación del juego LOTO EN LINEA – BALOTO.”

5.1.3.1.14. En la propuesta presentada por las sociedades GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA, GTECH GLOBAL SERVICES CORPORATION LIMITED y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, como integrantes del contrato de promesa de constitución de sociedad futura GTECH S.A.S., se ofreció como ventas brutas proyectadas totales durante los cinco años de ejecución del contrato: UN BILLÓN OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$1.088.463.461.456), ofrecimiento que se acompañó del correspondiente estudio positivo de factibilidad:

"ESTUDIO DE FACTIBILIDAD: Detallado en el capítulo X de esta Propuesta, con un resultado positivo en el retorno de la inversión, de acuerdo al modelo de negocio que se plantea en la Licitación."

5.1.3.1.15. Ese estudio de factibilidad presentado por la promesa de sociedad futura GTECH S.A.S., solo tuvo en cuenta como ingresos aquellos provenientes de la venta del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO durante los cinco (5) años de operación:

"Teniendo en cuenta los anteriores factores se proyecta el siguiente nivel de apuestas del juego loto en línea Baloto para los 5 años de operación que concierne a la presente licitación:

<i>Año 1</i>	<i>Año 2</i>	<i>Año 3</i>	<i>Año 4</i>	<i>Año 5</i>
<i>40,887,331</i>	<i>43,258,705</i>	<i>45,767,802</i>	<i>48,422,276</i>	<i>51,230,725</i>
<i>CRECIMIENTO</i>	<i>5.80%</i>	<i>5.80%</i>	<i>5.80%</i>	<i>5.80%</i>

"8. TASA INTERNA DE RETORNO

"La tasa interna de retorno que arroja el estudio de factibilidad de este proyecto es de 16.65%, la cual es positiva cumpliendo así con lo exigido en la Licitación, ver detalle en el capítulo XIX Evaluación Económica y Financiera del Proyecto (pags. 264 y 265 de la propuesta)."

5.1.3.1.16. La conclusión de factibilidad del proyecto tiene sustento en el RESUMEN ECONÓMICO y en la PROYECCIÓN ECONOMICA de la propuesta presentada por la promesa de sociedad futura GTECH S.A.S., análisis contenidos fundamentalmente en los ANEXOS 5 y 6 de esa oferta. Allí se proyectaron las ventas del juego año por año de los cinco de duración de la concesión, además de los pagos a realizar por concepto de: comisión punto de venta, gastos de operación (Distribución de Red), Gastos administrativos (Funcionamiento),

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Transferencias al sector Salud (Derechos de Explotación), Gastos de Administración, Mercadeo y Publicidad, Inversionistas (Depreciación), Gastos Financieros, Fiducia, Plan de Premios.

5.1.3.1.17. El estudio de factibilidad presentado por la promesa de sociedad futura GTECH S.A.S. solo tuvo en cuenta los ingresos proyectados por ventas del JUEGO LOTO EN LÍNEA BALOTO durante los cinco años de la etapa operativa, sin que en él se hayan considerado los ingresos provenientes de otras actividades como la operación de otros juegos a través del SISTEMA o su uso para actividades comerciales.

5.1.3.1.18. El ofrecimiento presentado por el otro proponente CORREDOR EMPRESARIAL S.A., en relación con las ventas totales del juego, estuvo en el mismo rango que el de la promesa de sociedad futura GTECH S.A.S., en relación con el monto de las ventas brutas del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO proyectadas durante los cinco años de ejecución del contrato.

"de conformidad con los elementos objetivos considerados para realizar la proyección aquí presentada, las ventas totales para el juego del loto en línea durante el período de la concesión comprendido entre el 19 de abril de 2012 y el 18 de abril de 2017, serán de un billón ochenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y tres millones cuatrocientos sesenta y un mil cuatrocientos cincuenta y cinco pesos (\$1.088.463.461.455)".

5.1.3.1.19. Este proponente también concluyó la viabilidad del proyecto, teniendo en cuenta solo las ventas del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO:

"Como el resultado de traer a Valor Presente Neto (VPN) la inversión realizada y necesaria para el proyecto, es positivo, el proyecto maximizaría dicha inversión en \$9.801.776.265 a una tasa de descuento del 4.60%, por lo que el proyecto debe ejecutarse.

"Así mismo se desprende del análisis de sensibilidad aportado, del que se establece que el proyecto es totalmente viable, y que tiene márgenes de holgura importantes para que se pueda seguir ejecutando ante cambios externos en algunos de los factores que puedan influir sobre los ingresos o gastos."

5.1.3.1.20. Los dos oferentes que se presentaron al proceso licitatorio, promesa de sociedad futura GTECH S.A.S y la sociedad CORREDOR EMPRESARIAL S.A., se refirieron a la viabilidad del proyecto sin que en sus propuestas hubieran tenido en cuenta los ingresos a percibir por la utilización del sistema con otros juegos o usos comerciales.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.1.3.1.21. El proceso licitatorio culminó con la adjudicación a GTECH SAS PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA de la licitación pública 001 de 2011, mediante la Resolución 0731 de 30 de junio de 2011.

5.1.3.1.22. En la adjudicación de la Licitación Pública 001 de 2011 a GTECH S.A.S. promesa de sociedad futura se tuvo especialmente en cuenta que en su propuesta "La tasa interna de retorno que arroja el estudio de factibilidad de este proyecto es de 16.65%, la cual es positiva cumpliendo así con lo exigido en la Licitación."

5.1.3.1.23. La propuesta presentada por CORREDOR EMPRESARIAL S.A, fue rechazada por incumplir con los índices financieros y el patrimonio técnico exigido, aunado al hecho de que la oferente se encontraba en mora en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de otro contrato, concretamente el de concesión que por esa época tenía por objeto la operación y explotación del juego novedoso Superastro.

5.1.3.2. Las especificidades del Contrato 887 de 13 de junio de 2.011

5.1.3.2.1. El 13 de junio de 2011, fue celebrado entre ETESA EN LIQUIDACIÓN como entidad concedente y la sociedad GTECH S.A.S., como concesionaria, el contrato de concesión 887 por virtud de la adjudicación de la licitación pública 001 de 2011 a GTECH S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, contenida en la Resolución 0731 de 30 de junio de 2011.

5.1.3.2.2. El objeto del Contrato se concretó, así:

"PRIMERA: OBJETO: El objeto del presente contrato lo constituye la concesión de la explotación y operación en todo el territorio nacional, con exclusividad, del juego sistematizado, en línea y tiempo real de tipo novedoso denominado LOTO EN LÍNEA-BALOTO, que hace ETESA en Liquidación a favor del CONCESIONARIO, parte esta última que se obliga a operar dicho juego por su propia cuenta y riesgo, pagando como contraprestación los derechos de explotación y gastos de administración a que hace referencia la Ley 643 de 2001, modificada por la Ley 1393 de 2010..."

5.1.3.2.3. Las partes convinieron la operación del juego objeto de concesión a través del "SISTEMA", que ETESA EN LIQUIDACIÓN le entregó al concesionario para esos efectos, el cual le había sido revertido con ocasión de la terminación del contrato 117-99:

"SEGUNDA: SISTEMA: Con la firma de este contrato, ETESA EN LIQUIDACIÓN hace entrega formal al CONCESIONARIO, del sistema a

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

través del cual se corre el juego objeto de concesión (en adelante el "Sistema", definido de acuerdo con lo previsto en el Anexo 1 – Descripción del Sistema), el que a su vez deberá ser devuelto por el CONCESIONARIO a ETESA EN LIQUIDACIÓN o a la persona jurídica que éste le indique a la terminación del contrato, junto con la documentación correspondiente."

5.1.3.2.4. El SISTEMA según los términos de la cláusula vigésima primera del contrato 887, está compuesto por el software y el hardware a través de los cuales corre el juego, así como por las terminales y demás bienes afectos a la concesión, que sean necesarios para la operación del juego. Está integrado, entre otros bienes, por un grupo de elementos tecnológicos, hardware y software que se relacionaron en el anexo 1 al acta de inicio del contrato 887 de 2011 suscrita el 19 de abril de 2012:

"VIGÉSIMA PRIMERA: REVERSIÓN: Por mandato del Artículo 19 de la Ley 80 de 1993, al finalizar el término de este contrato o de su prórroga, si la hubiere, el sistema (entendido como tal, el software y el hardware a través de los cuales corra el juego, así como las terminales y demás bienes afectos a la concesión), pasará a ser propiedad de ETESA EN LIQUIDACIÓN. De tal forma que ETESA EN LIQUIDACIÓN tendrá derecho al uso del software del sistema de apuestas y juegos, así como de sus fuentes sin que por ellos se cause o pague derecho alguno por dicho concepto."

5.1.3.2.5. El "SISTEMA" por el cual se convino operar el juego LOTO EN LÍNEA BALOTO, es de propiedad de COLJUEGOS antes de ETESA EN LIQUIDACIÓN y fue entregado por la concedente a GTECH S.A.S. por virtud de lo convenido en el contrato 887 de 2011 y para la operación del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO.

5.1.3.2.6. GTECH S.A.S. a su vez se comprometió a utilizar el SISTEMA para la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO y a implementarlo con la instalación de nuevas terminales. En tal sentido dentro de las obligaciones del concesionario relacionadas en la cláusula sexta, se incluyó específicamente la de:

"c. Realizar la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA, a través del SISTEMA, en las condiciones y estándares operativos bajo los cuales se ha operado y explotado el juego. En desarrollo de la mencionada operación el CONCESIONARIO mantendrá instaladas las cuatro mil novecientos noventa y cuatro (4994) terminales que hacen parte del Sistema que entrega ETESA EN LIQUIDACIÓN, así como de las terminales adicionales que se obliga a instalar para la operación y explotación del juego. Igualmente, se obliga a realizar el mantenimiento correctivo y preventivo del SISTEMA, de acuerdo con las políticas determinadas por ETESA EN LIQUIDACIÓN, a partir del diecinueve (19) de abril de 2012."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.1.3.2.7. En el pliego de condiciones se incluyó como factor de evaluación hasta con 500 puntos, la red de mercadeo ofrecida, la cual debía ser revertida a la finalización del contrato:

"5.4.2. RED DE MERCADEO: 500 PUNTOS

"La entidad evaluará este factor tomando como base el número de puntos de venta que el proponente ofrezca para la comercialización del juego de acuerdo a las siguientes criterios.

CRITERIOS:	TOTAL PUNTAJE
1. Red de puntos de venta con terminales en línea y tiempo real que sean adicionales a las CUATRO MIL NOVECIENTAS NOVENTA Y CUATRO (4994) terminales que entrega ETESA EN LIQUIDACIÓN para la operación del juego	
a) Por cada 500 puntos fijos de venta en línea y tiempo real, adicionales a las CUATRO MIL NOVECIENTAS NOVENTA Y CUATRO (4994) terminales entregadas por ETESA EN LIQUIDACIÓN, exigido para el inicio del juego.	50 Puntos hasta completar puntaje otorgado para este criterio (500 puntos)
TOTAL PUNTAJE RED DE MERCADEO	500 PUNTOS

5.1.3.2.8. Para la época de celebración del contrato 887 de 2011, el SISTEMA disponía de 4994 terminales, a las que debían ser adicionadas 5.000 nuevas, ofrecidas por el actual concesionario en su propuesta.

5.1.3.2.9. El acta de inicio se suscribió el 19 de abril de 2012, y en ella se hizo la salvedad de que inicialmente se haría la entrega global del SISTEMA, a la espera del inventario y avalúo que permitiera la entrega pormenorizada:

"De igual manera las Partes hacen la salvedad en la presente acta que los bienes otorgados en Concesión, en virtud del inicio del Contrato 887/11, se entregan de una manera global (Ver anexo Sistema), toda vez que Etesa en Liquidación se encuentra actualmente realizando el Inventario y

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Avalúo de los mismos. En este sentido, una vez se reciban de manera pormenorizada por parte de Etesa en Liquidación, se considerará que estos son los bienes que entrega la entidad al inicio de la concesión."

5.1.3.2.10. Conforme a la regulación contenida en la ley de régimen propio del monopolio de juegos de suerte y azar —Ley 643 modificada por la Ley 1393 de 2010³⁰—, y en el acuerdo 054 de 2010 proferido por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, el pago que se comprometió a realizar el contratista por la operación del juego, se pactó en las cláusulas Cuarta y Quinta, en dos sumas: el 32% de las ventas brutas a título de derechos de explotación más el 1% del valor de los derechos de explotación por concepto de gastos de administración. El recaudo del producto de las ventas brutas se acordó a través de un encargo fiduciario:

"CUARTA: FORMA DE PAGO: El pago lo realizará el CONCESIONARIO a través del negocio fiduciario mediante el cual se recauda y administra el producto de la comercialización del juego, dentro de los diez primeros días calendario de cada mes, con el formulario oficial que para el efecto diseñó la entidad competente, instrumento en el que se declaran y liquidan los Derechos de Explotación y Gastos de Administración causados en el mes anterior, así como los intereses moratorios a que haya lugar, en los términos del Decreto 2121 de 2004.

"PARÁGRAFO: El monto a cancelar lo determinarán los ingresos brutos del juego, sobre los cuales se liquidarán los porcentajes que por Derechos de Explotación y Gastos de Administración se deben pagar en cada mes.

"QUINTA: VALOR DEL CONTRATO, DERECHOS DE EXPLOTACIÓN, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO: El valor de este contrato es indeterminado pero determinable con base en un porcentaje del treinta y dos por ciento (32%) de las ventas brutas efectivamente realizadas por el CONCESIONARIO, por concepto de Derechos de Explotación, más el uno por ciento (1%) por concepto de Gastos de administración, liquidado sobre el valor de los derechos de explotación, y que el CONCESIONARIO se obliga a pagar en los términos de este contrato. En consecuencia, para todos los efectos pertinentes, incluidos los impuestos exigibles, el valor del contrato será determinado y calculado con base en las ventas brutas del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO efectivamente realizadas durante el período de vigencia del mismo.

"Las cuentas que se constituirán en el encargo fiduciario para el manejo de los recursos provenientes de la explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO estarán integradas por los rubros y porcentajes calculados sobre las ventas brutas que se detallan a continuación:

"1. Cuenta pago de premio: CINCUENTA POR CIENTO (50%)

³⁰ Dictadas con fundamento en el artículo 336 de la Carta Política.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"2. Cuenta de reserva técnica: DOS POR CIENTO (2%) que se tomará del CINCUENTA POR CIENTO (50%) de las ventas brutas destinadas para la cuenta de pago de premios, hasta completar el DOS POR CIENTO (2%) del valor total del contrato.

"3. Cuenta premios caducos.

"4. Cuenta Derechos de Explotación: TREINTA Y DOS POR CIENTO (32%) de las ventas brutas.

"5. Cuenta Gastos de administración: UNO POR CIENTO (1%) de los Derechos de Explotación, esto es, el cero punto treinta y dos por ciento (0,32%) de las ventas brutas.

"6. Cuentas Gastos de Operación: OCHO POR CIENTO (8%) de las ventas brutas.

"7. Cuentas Gastos de Publicidad: DOS POR CIENTO (2%) de las ventas brutas.

"8. El porcentaje restante de las ventas brutas (SIETE PUNTO SESENTA Y OCHO POR CIENTO (7,68%) será retenido por los puntos de venta (descuento en ventas), quienes, adicionalmente, harán el pago de premios menores de tres y cuatro aciertos.

"Resumen ecuación del contrato de concesión

CONCEPTO	PORCENTAJE
"Comisión punto de venta	7,68%
"Cuenta Gastos de Operación	8,00%
"Gastos de Operación red	4,15%
"Inversionistas	0,73%
"Gastos financieros	0.54%
"Fiducia	0,15%
"Utilidad	0,93%
"Plan de premios	50%
"Derechos de explotación	32%
"Gastos de Administración	0,32%
"Gastos de Mercadeo	2%

"PARÁGRAFO PRIMERO: El valor de las ventas brutas realizadas durante la vigencia del contrato será informado mediante la declaración denominada ANEXO SEMANAL DE VENTAS, que diligenciará y remitirá el CONCESIONARIO a ETESA EN LIQUIDACIÓN, el primer día hábil de la semana siguiente a su realización..."

5.1.3.2.11. Conforme a la cláusula transcrita en el numeral anterior, que expresamente contiene el resumen de la ecuación del contrato, todos los gastos que ocasione la operación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO, deben ser cubiertos con el producto de su comercialización, incluido el valor de la utilidad que le corresponde a la concesionaria, el cual se acordó en el 0.93% de las ventas brutas del juego (aparte transcrito de la cláusula Quinta).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.1.3.2.12. Dado el carácter conmutativo del contrato estatal, la contraprestación del CONCESIONARIO se estipuló de manera clara en el parágrafo segundo de la cláusula Quinta, y su redacción es perentoria en el sentido de que sólo proviene de los recursos recaudados con la explotación y operación del juego:

"PARÁGRAFO SEGUNDO: El valor de la contraprestación del CONCESIONARIO provendrá de la explotación y operación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO y se pagará por conducto de la entidad fiduciaria a la cuenta que el CONCESIONARIO determine, en los términos y condiciones que se establezca en el contrato de fiducia que se suscriba para el manejo de los fondos provenientes de la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO..."

5.1.3.2.13. El porcentaje a pagar a título de derechos de explotación fue determinado en el 32% de las ventas brutas del juego por la autoridad que para esa época era la competente para el efecto, esto es el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, mediante el acuerdo 054 de 6 de octubre de 2010. Ese fue uno de los aspectos objeto de amplio debate en el proceso licitatorio que dio lugar al contrato 887 de 2011.

5.1.3.2.14. El plazo de ejecución del contrato fue determinado por la duración de la etapa operativa, en 60 meses:

"TERCERA: PLAZO DE EJECUCIÓN: El término de la duración de la concesión será de sesenta (60) meses, contados a partir del diecinueve (19) de abril de 2012, dicho periodo que se denominará etapa operativa o de OPERACIONES COMERCIALES DE LAS APUESTAS, e inicia con la suscripción del Acta de Inicio, la cual deberá tener fecha 19 de abril de 2012, previo perfeccionamiento y legalización del contrato de concesión y aprobación de la garantía única de cumplimiento.

"Sin perjuicio del plazo contractual que se identifica, existirá una ETAPA PREOPERATIVA del contrato de concesión, dentro de la cual el CONCESIONARIO deberá obtener los permisos, licencias, suscribir los contratos que sean necesarios y, en general, adecuar su estructura a fin de iniciar la operación del juego, sin solución de continuidad a partir del 19 de abril de 2012. Dicha etapa comprende el lapso desde el perfeccionamiento del contrato de concesión hasta el 18 de abril de 2012, fecha en la cual deberá haber culminado el empalme de operaciones entre el nuevo CONCESIONARIO, con el operador actual. Adicionalmente, en esta ETAPA el CONCESIONARIO deberá seleccionar a la Fiduciaria que administrará los recursos del contrato y celebrará el contrato de encargo fiduciario correspondiente.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"PARÁGRAFO: El plazo de sesenta (60) meses establecido para la ETAPA OPERATIVA del juego se entiende improrrogable en los términos del Artículo 7 de la Ley 643 de 2001.

5.2. EL PACTO CONTENIDO EN LOS CONTRATOS 117-99 Y 851 DE 2010, EN RELACION CON EL USO DEL SISTEMA PARA LA OPERACIÓN DE OTROS JUEGOS O SERVICIOS COMERCIALES

En los tres contratos que han regido la operación y explotación del juego Loto en Línea Baloto —117-99, 851 de 2010 y 887 de 2011—, el SISTEMA por el cual opera el juego ha sido además utilizado para la operación de otros juegos de suerte y azar y para uso comercial.

La utilización del SISTEMA para usos comerciales significa que a través del mismo se realizan actividades como recargas de celulares, venta de pines para distintos usos, corresponsalía bancaria, pago de servicios públicos y privados, giros, entre otras.

Las reglas que han gobernado la utilización del SISTEMA para esos efectos, han sido las que se exponen a continuación:

5.2.1. LO PACTADO EN RELACIÓN CON EL USO DEL SISTEMA EN EL CONTRATO 117-99

5.2.1.1. En vigencia del contrato 117-99 el SISTEMA por el cual se operó el JUEGO LOTO EN LÍNEA – BALOTO, era de propiedad de la contratista en tanto solo por virtud de las estipulaciones convenidas en ese contrato, este fue instalado, implementado y operado por la concesionaria, con la obligación de revertirlo a la concedente al vencimiento del contrato y como un elemento de la naturaleza de la concesión (artículos 14 y 19 de la Ley 80 de 1993 y 7 de la Ley 643), en la medida en que el valor del mismo se pagó con cargo al producto de la explotación del Juego Loto en Línea Baloto.

5.2.1.2. Esa peculiaridad dio lugar a que el uso del SISTEMA para operar juegos diferentes a LOTO EN LÍNEA – BALOTO y para servicios comerciales, fuera regulado de común acuerdo por las partes, en dos sentidos, a saber:

5.2.1.2.1. Para otorgar a ECOSALUD S.A.³¹ el derecho a usar el SISTEMA con dos juegos de suerte y azar de su competencia, esto es a percibir directamente del respectivo operador una remuneración por el uso del SISTEMA:

³¹ Entidad que para esa época era la encargada de la explotación y administración del monopolio de juegos de suerte y azar como el Loto en Línea.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.-...h) Abstenerse de operar en el Sistema juegos o servicios ajenos al objeto de este contrato. PARÁGRAFO 1: De conformidad con las aclaraciones y adendos generados en el proceso formativo de este contrato, el Sistema propiedad de el CONTRATISTA, será utilizado por ECOSALUD para dos juegos adicionales al Loto en Línea que sean de su competencia, previo visto bueno de dicha utilización por EL CONTRATISTA, que solo podrá negar por razones justificadas y que emitirá dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la solicitud de ECOSALUD..." (Hemos subrayado)

5.2.1.2.2. El segundo, para autorizar al contratista la utilización del SISTEMA para operar otros juegos y servicios comerciales. En este evento, las partes convinieron que tal uso estaba condicionado a: (i) autorización previa y expresa de la entidad concedente; (ii) pacto previo entre contratante y concesionaria sobre la remuneración a la primera, por el uso del sistema para estos efectos:

"CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.- ...h) Abstenerse de operar en el Sistema juegos o servicios ajenos al objeto de este contrato.

"...PARÁGRAFO SEGUNDO: de conformidad con las aclaraciones y adendos generados en el proceso formativo de este contrato, el Sistema propiedad de EL CONTRATISTA, podrá ser utilizado por éste para otros juegos que no sean de competencia de ECOSALUD S.A., u otros servicios que requieran la utilización del Sistema, los cuales no son objeto de este Contrato, previo visto bueno de dicha utilización por ECOSALUD S.A. ... En tales casos, ECOSALUD S.A. y EL CONTRATISTA acordarán previamente los juegos o servicios objeto de la presente cláusula, para lo cual EL CONTRATISTA informará a ECOSALUD el juego o servicio que pretenda, de forma tal que ECOSALUD pueda evaluar la utilización del Sistema para el mencionado juego o servicio. En tal caso ECOSALUD y el CONTRATISTA acordarán la contraprestación correspondiente, la cual deberá ajustarse a los parámetros de mercado latinoamericano, existentes en aquellos países en que EL CONTRATISTA tenga operaciones, para la utilización de sistemas similares al Sistema en países con condiciones similares en Colombia... En ningún caso la utilización del Sistema antes descrita, podrá afectar el normal funcionamiento del juego denominado LOTO EN LÍNEA" (Hemos subrayado)

5.2.1.3. En desarrollo de esa cláusula Novena fueron suscritos los siguientes otrosí:

5.2.1.3.1. Otrosí No. 3, conforme al parágrafo Segundo, para autorizar expresamente al contratista la utilización del Sistema por el cual corre el juego LOTO EN LINEA, para la venta del juego de apuestas permanentes denominado

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

PAGATODO a cambio de una contraprestación a favor de ETESA³² por dicha utilización, del 7% de los ingresos brutos que reciba EL CONTRATISTA³³ por la venta del juego a través del sistema.

5.2.1.3.2. Otrosí No. 5, conforme al parágrafo Primero, para la operación por el Sistema del juego Superastro, por cuya utilización ETESA recibiría directamente del operador el juego, el equivalente al 1.2% de las ventas brutas derivadas de la operación del juego a través del sistema.

5.2.1.3.3. Otrosí No. 6, en virtud del parágrafo segundo, para autorizar al contratista el uso del sistema para la venta de Lotería Tradicional, y como contraprestación ETESA recibiría el equivalente al SIETE POR CIENTO (7%) DE LOS INGRESOS BRUTOS que recibiera el contratista por la venta de la LOTERIA EN LINEA a través del sistema.

5.2.1.3.4. Otrosí No. 7 de 24 de agosto de 2006, suscrito para autorizar el uso comercial del SISTEMA, a través de la sociedad GTECH COLOMBIA LTDA, integrante del grupo GTECH y por virtud de contrato celebrado entre :

"b) Que la compañía GTECH COLOMBIA LTDA (GTECH COLOMBIA), constituida mediante la Escritura Pública No. 4366 de la Notaría Sexta de Bogotá, de fecha agosto 2 de 2005, con NIT. No. 900037148-6, desarrolla en Colombia negocios de comercialización de servicios comerciales (los "Servicios Comerciales"), incluyendo sin limitarse a, la comercialización de productos como Pines Virtuales, tarjetas prepago de acceso a Internet, etc. y a la prestación de servicios de recaudo de pagos de facturas y similares. En desarrollo de lo anterior GTECH COLOMBIA ha desarrollado e implementado un Sistema de Procesamiento de Datos (el "SPD"), de su propiedad, mediante el cual se realizan las transacciones requeridas para el desarrollo y ejecución del proyecto de Servicios Comerciales. No obstante, para efectos del debido funcionamiento del SPD, GTECH COLOMBIA ha contratado con EL CONTRATISTA³⁴ la utilización parcial del Sistema Central, razón por la cual, en los términos de la consideración anterior, se hace necesario suscribir el presente documento modificadorio del Contrato número 117 de 1999.

"...c) Que ETESA y el CONTRATISTA han discutido la posibilidad y la conveniencia de utilizar el Sistema Central propiedad de EL CONTRATISTA para efectos de la operación de los Servicios Comerciales a través del SPD. En desarrollo de lo anterior EL CONTRATISTA le envió a ETESA una

³² Por virtud de la creación de la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD ETESA a través de la Ley 643, esta entidad sustituyó a ECOSALUD S.A. en el extremo contratante.

³³ Se refería al concesionario en el contrato 117-99, esto es a GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION.

³⁴ Este pie de página no pertenece al texto transcrito. Lo hemos incluido para aclarar que la contratista para aquella época era la sociedad GTECH FOREIGN HOLDING CORPORATION

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

propuesta (Oficio S.G.2.0_E17702) mediante la cual se explica en detalle la estructura del proyecto de Servicios Comerciales, concretamente la utilización del Sistema Central y la comisión que recibirá EL CONTRATISTA, de GTECH COLOMBIA, con el propósito de que dicha propuesta sirva de fundamento del presente documento al igual que de las decisiones que al respecto debe tomar ETESA.

"...e) Que ETESA y EL CONTRATISTA consideran que la utilización parcial del Sistema Central para el desarrollo y ejecución del proyecto de Servicios Comerciales de GTECH COLOMBIA es viable a la luz de la intención contractual de las Partes reflejada en el Parágrafo 1 del literal h) de la Cláusula Novena del Contrato No. 117 de 1999, por ser los Servicios Comerciales un mecanismo de consolidación del juego BALOTO dentro de un mercado diferente al de los juegos de suerte y azar. En virtud el uso parcial del Sistema Central para la comercialización de los productos y servicios correspondientes a los Servicios Comerciales, las Partes consideran que dicha utilización parcial del Sistema Central debe tener un tratamiento diferente al inicialmente previsto por las Partes para los juegos competencia de ETESA que se contraten siguiendo el procedimiento previsto por las Partes en el mencionado Parágrafo 1.

"...Sistema Central de EL CONTRATISTA podrá ser utilizado parcialmente para el desarrollo y ejecución del proyecto de Servicios Comerciales de GTECH COLOMBIA³⁵ en el territorio nacional..."

"(i) ETESA, recibirá por la utilización del Sistema Central de EL CONTRATISTA, el equivalente al cinco por ciento (5%) de las sumas que GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION Sucursal Colombia reciba de GTECH COLOMBIA por permitir el uso parcial del Sistema Central dentro del proyecto de Servicios Comerciales, remuneración que será a cargo y por cuenta exclusiva de EL CONTRATISTA.

(II) En el evento que el Sistema Central del CONTRATISTA sea requerido de manera total, exclusiva y absoluta para la ejecución y desarrollo del proyecto de Servicios Comerciales, EL CONTRATISTA deberá cancelar a ETESA el mismo porcentaje que corresponde pagar por la venta de otros juegos no competencia de ETESA, es decir, el 7% sobre los ingresos brutos del CONTRATISTA.

"PARÁGRAFO PRIMERO: Para el evento descrito en el literal (ii) anterior, EL CONTRATISTA informará a ETESA acerca del momento en que el Sistema Central se utilice de manera total, exclusiva y absoluta para la ejecución y desarrollo del proyecto de Servicios Comerciales. A partir de dicho momento se causará la obligación de cancelar el 7% a ETESA por el término en que la referida utilización absoluta se realice."

³⁵ Corresponde a la sociedad GTECH COLOMBIA LTDA, según se anuncia en la parte de antecedentes de ese otrosí: "b) Que la compañía GTECH COLOMBIA LTDA (GTEC COLOMBIA), constituida mediante la Escritura Pública No. 4366 de la Notaría Sexta de Bogotá, de fecha agosto 2 de 2005, con NIT. No. 900037148-6, desarrolla en Colombia negocios de comercialización de servicios comerciales ..."

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

"PARÁGRAFO SEGUNDO: Las partes reconocen que la contraprestación establecida corresponde a un porcentaje y no a una suma fija, pudiendo la sumas que reciba EL CONTRATISTA, de GTECH COLOMBIA aumentar o disminuir de acuerdo a las circunstancias en que se desarrolle el proyecto de Servicios Comerciales..."

5.2.1.3.5. La utilización del SISTEMA por parte del Contratista con otros usos comerciales, dio lugar a la estipulación en el mismo Otrosí No. 7, de obligaciones a su cargo concernientes al suministro de información relacionada con tal uso:

"... CLÁUSULA CUARTA: EL CONTRATISTA, se obliga, en relación con la utilización parcial del Sistema Central, a: 1) Permitir la realización de revisiones técnicas por parte de ETESA en cualquier momento, que permitan evaluar si esta utilización genera interferencia técnica con el Loto en Línea. 2) Suministrar la misma información que actualmente suministra a ETESA sobre los juegos diferentes al Loto en Línea que se comercializan a través del Sistema Central, así como aquella que fuese requerida por ETESA y que permita conocer y controlar los pagos que se le hicieren a la misma.

"PARÁGRAFO PRIMERO. Las partes acuerdan que EL CONTRATISTA deberá entregarle a ETESA, en un plazo no mayor de 15 días hábiles a partir de la fecha de legalización de este documento, copia firmada del contrato mediante el cual formaliza su relación con GTECH COLOMBIA en relación con el proyecto de Servicios Comerciales..."

5.2.1.4. Durante la ejecución de ese contrato, por el uso del Sistema que se insiste para aquella época era de propiedad de la Concesionaria, la entidad estatal concedente recibió por la operación de otros juegos y usos comerciales principalmente en los últimos cinco (5) años de ejecución del contrato, la suma de \$ 7.358.876.266, discriminada por cada juego y por años, así:

POR OTROSÍ:

COMISIONES	CONTRATO	% SOBRE VENTAS	TOTAL
PAGATODO	Otro Si No.3	7% ingresos brutos	\$ 3.484.593.674
COMISION LOTERIA EN LINEA	Otro Si No.6	7% ingresos brutos	\$ 306.720.274
COMISION PINES	Otro Sí No.7	5% ingresos brutos	\$ 2.957.608.076
SERVICIOS COMERCIALES	Otro Sí No.7	5% ingresos brutos	\$ 609.954.240
TOTAL COMISIONES			

POR AÑOS

AÑO	PAGATODO	COMISION LOTERIA EN LINEA	COMISION PINES	SERVICIOS COMERCIALES	TOTAL COMISIONES
-----	----------	---------------------------	----------------	-----------------------	------------------

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

2002	\$ 12.794.353	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 12.794.353
2003	\$ 42.458.557	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 42.458.557
2004	\$ 412.714.608	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 412.714.608
2005	\$ 352.195.503	\$ 49.210.106	\$ -	\$ -	\$ 401.405.609
2006	\$ 435.593.253	\$ 39.671.312	\$ 221.885.153	\$ 56.710.757	\$ 753.860.475
2007	\$ 501.172.273	\$ 47.926.222	\$ 422.012.210	\$ 115.787.991	\$ 1.086.898.696
2008	\$ 671.486.003	\$ 75.586.679	\$ 817.358.798	\$ 93.731.000	\$ 1.658.162.480
2009	\$ 569.645.737	\$ 45.513.213	\$ 767.746.901	\$ 132.631.316	\$ 1.515.537.167
2010	\$ 441.054.718	\$ 43.359.753	\$ 651.246.369	\$ 192.299.117	\$ 1.327.959.957
2011	\$ 45.478.669	\$ 5.452.989	\$ 77.358.645	\$ 18.794.059	\$ 147.084.362
TOTAL	\$ 3.484.593.674	\$ 306.720.274	\$ 2.957.608.076	\$ 609.954.240	\$ 7.358.876.264

5.2.1.5. Como lo muestran los cuadros que anteceden la implementación del uso del SISTEMA con servicios comerciales no se dio desde el inicio de la ejecución del contrato, sino que comenzó en el año 2.006, mientras que la operación de otros juegos de suerte y azar se presentó desde el año 2002.

5.2.2. LO PACTADO EN RELACIÓN CON EL USO DEL SISTEMA EN EL CONTRATO 851 DE 2010

5.2.2.1. Para la época de celebración del contrato 851, esto es el 24 de diciembre de 2010, el SISTEMA por el cual se opera el juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO, pertenecía a ETESA EN LIQUIDACIÓN, por virtud de la Reversión a la cual se obligó la concesionaria GTECH FOREIGN HOLDING CORPORACIÓN con ocasión del contrato 117-99 la cual se produjo a la finalización de ese contrato.

5.2.2.2. A pesar de que en las consideraciones del contrato 851 celebrado por contratación directa ante declaratoria de urgencia manifiesta con el mismo contratista del contrato 117-99, en el numeral 19 se afirmó que "...el actual concesionario manifestó su interés en continuar con la operación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO, bajo las mismas condiciones económicas en las cuales opera actualmente y por el término de quince (15) meses, de conformidad con lo indicado en el estudio presentado por el CONTRATISTA externo ETESA EN LIQUIDACIÓN...", en la Cláusula Octava, se estipuló que el concesionario podía hacer uso del sistema para operar otros juegos de suerte y azar o para servicios comerciales, sin tener que hacer pago adicional por tal concepto:

"De conformidad con lo establecido en el literal b) de esta Cláusula Séptima, el sistema propiedad de ETESA podrá ser utilizado por EL CONTRATISTA para otros juegos u otros servicios comerciales que puedan ser comercializados a través del sistema, sin lugar a pago adicional a favor de ETESA por dicho concepto, pues las Partes reconocen que la correspondiente remuneración se encuentra incorporada en los Gastos de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Administración que se causan a favor de ETESA. En ningún caso la utilización del Sistema antes descrita podrá afectar el normal funcionamiento del juego denominado LOTO EN LINEA"

5.2.2.3. Como se explicó en el punto 5.1.2.1. este contrato fue celebrado directamente, por virtud de la declaratoria de urgencia manifiesta que se dio con ocasión del cambio en uno de los elementos mas importantes en el proceso de selección del contratista que continuaría con la operación del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO, a la terminación del contrato 117-99. Varias de sus cláusulas se pactaran abandonando el tratamiento que las mismas partes habían dado a diferentes temas, entre ellos el pago por el uso del SISTEMA.

5.2.2.4. Con desconocimiento de lo preceptuado por la Ley de régimen propio del monopolio de juegos de suerte y azar, Ley 643 artículos 7, 8 y 9, que establecen el alcance de los conceptos a pagar por parte de los terceros operadores de juegos de suerte y azar a título de derechos de explotación y gastos de administración, los cuales en su orden corresponden a un porcentaje sobre las ventas brutas del juego, los primeros, o sobre los derechos de explotación los segundos, con total desconocimiento del carácter conmutativo y oneroso del contrato estatal y en una clara desviación de la finalidad predeterminada desde la Carta Política para estos contratos, se permitió al contratista usar gratuitamente el SISTEMA de propiedad de la entidad estatal ETESA EN LIQUIDACIÓN.

5.2.2.5. El alcance del rubro de gastos de administración ha sido determinado por la ley de régimen propio del monopolio de juegos de suerte y azar, como un porcentaje sobre el producto de la operación del juego, Ley 643, artículo 9 inciso 2:

"...Sin perjuicio de los derechos de explotación, cuando el juego se opere a través de terceros, estos reconocerán a la entidad administradora del monopolio como gastos de administración un porcentaje no superior al uno por ciento (1%) de los derechos de explotación."

5.2.2.6. El pago del rubro correspondiente a gastos de administración no remunera el uso de bienes del Estado, naturaleza de la que participa el SISTEMA por el cual se realiza la operación del juego LOTO EN LÍNEA. Ello además de ser palmario en la normativa legal y reglamentaria vigente para la época de celebración del contrato 851 de 2010, se demuestra fehacientemente con los antecedentes contractuales que gobernaron la utilización del SISTEMA para efectos distintos a la operación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO, esto es con el contrato 117-99 en el que a pesar de que el SISTEMA era de propiedad del concesionario, éste igualmente tenía que pagar los gastos de administración en la cuantía determinada por el legislador, es decir el 1% de los derechos de explotación.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.2.2.7. Así lo puso de presente ETESA EN LIQUIDACIÓN a la concesionaria GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA mediante oficio JUR1.1E29354 de 14 de diciembre de 2011:

"...Me permito manifestarles que una vez revisadas las estipulaciones pactadas en el Contrato No. 851 del 24 de diciembre de 2010, celebrado bajo la figura de urgencia manifiesta, esta Administración considera pertinente realizarle una modificación en lo relacionado con el cobro de la operación y explotación de otros juegos y servicios comerciales y demás servicios prestados por ese concesionario en el Sistema de propiedad de ETESA

"Lo anterior, por cuanto del análisis del clausulado contractual a la luz de los postulados de la contratación pública y en tratándose del manejo de recursos de especial destinación (al servicio de salud), es claro que las comisiones por concepto de lotería en línea, pagatodo, pines, servicios comerciales y demás servicios prestados por ese CONCESIONARIO a través del sistema de propiedad de ETESA, son diferentes a los gastos de administración con ocasión de la operación del juego autorizado con el contrato No. 851 del 24 de diciembre de 2010, como lo veremos a continuación:

- El objeto del Contrato 851 del 24 de diciembre de 2010 se refiere a "...la concesión de la explotación y operación en todo el territorio nacional, con exclusividad, del juego sistematizado, en línea y tiempo real de tipo novedoso denominado LOTO EN LINEA-BALOTO, que hace ETESA en Liquidación a favor del CONCESIONARIO..."

- En el literal b) de la CLÁUSULA OCTAVA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA se pactó:

"(...) ETESA EN LIQUIDACIÓN de manera expresa y escrita, en desarrollo de este contrato autoriza la utilización del sistema por parte del CONCESIONARIO para la operación y explotación del juego LOTO EN LINEA, así como para la operación y explotación de otros juegos o servicios comerciales, que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema.

"- Igualmente, en el Parágrafo del mismo artículo, se dispuso que:

"... el sistema propiedad de ETESA podrá ser utilizado por el CONTRATISTA para otros juegos u otros servicios comerciales que puedan ser comercializados a través del sistema, sin lugar a pago adicional a favor de ETESA por dicho concepto, pues las Partes reconocen que la correspondiente remuneración se encuentra incorporada en los Gastos de Administración que se causen a favor de ETESA..."

"Al respecto se tiene que el treinta y dos por ciento (32%) de las ventas brutas, correspondiente a los derechos de explotación y el uno por ciento (1%) de estos derechos, como gastos de administración, porcentajes pactados en la cláusula cuarta del contrato 851 de 2010, corresponde a

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

los valores establecidos por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, a través del acuerdo 054 del 6 octubre de 2010 y, que venían siendo reconocidos en el año 2010 con ocasión del contrato de concesión No. 117 de 1999, terminado el día 17 de enero de 2011..."

5.3. LO PACTADO EN RELACIÓN CON EL USO DEL SISTEMA PARA LA OPERACIÓN DE OTROS JUEGOS O SERVICIOS COMERCIALES, EN EL CONTRATO 887 DE 2011

5.3.1. Son varias las cláusulas de la minuta del contrato acompañada al pliego de condiciones que interesan a este tema, a saber:

5.3.1.1. La remuneración para el contratista se determinó en el párrafo segundo de la Cláusula Quinta como proveniente sólo de la operación del juego Loto en Línea Baloto:

"PARÁGRAFO SEGUNDO: El valor de la contraprestación del CONCESIONARIO provendrá de la explotación y operación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO y se pagará por conducto de la entidad fiduciaria a la cuenta que el CONCESIONARIO determine, en los términos y condiciones que se establezca en el contrato de fiducia que se suscriba para el manejo de los fondos provenientes de la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO."

5.3.1.2. Dentro de las obligaciones del concesionario se estableció en relación con la utilización del SISTEMA:

"SEXTA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.

... B. Explotar y operar de conformidad con la ley, el reglamento y este contrato, por su cuenta, riesgo y bajo su única y exclusiva responsabilidad el juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO. ETESA EN LIQUIDACIÓN de manera expresa y escrita, en desarrollo de este contrato autoriza la utilización del sistema por parte del CONCESIONARIO para la operación y explotación del juego LOTO EN LINEA, así como para la operación y explotación de otros juegos o servicios comerciales, que sean susceptibles de ser comercializados a través del sistema. En cuanto a ello, el CONCESIONARIO se obliga a mantener los bienes que son objeto de entrega para su uso en las condiciones bajo las cuales recibe, salvo por el desgaste por su uso anormal..."

5.3.1.3. En el numeral ff de la misma cláusula y como obligación del concesionario, se incorporó la de:

ff. Solicitar y recibir autorización previa de ETESA EN LIQUIDACIÓN, antes de operar en la infraestructura de apuestas o terminales donde opera el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

LOTO EN LÍNEA, otros juegos de suerte y azar que sean o no de su competencia, para lo cual deberán acordar los gastos que por el uso de la red le corresponderán a ETESA EN LIQUIDACIÓN."

5.3.1.4. Correlativamente dentro de las obligaciones de ETESA EN LIQUIDACIÓN se incorporó:

"SEPTIMA: OBLIGACIONES DE ETESA EN LIQUIDACIÓN:

a) ETESA EN LIQUIDACIÓN autoriza al CONTRATSITA la utilización del SISTEMA que revierte, para la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO y los demás juegos o servicios que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema, tal como se regula en el presente contrato..."

5.3.1.5. De modo correspondiente se incorporó en la cláusula Octava como una de las prohibiciones al concesionario:

"...6) Operar otros juegos por intermedio de la red de apuestas o de las terminales con las que se operan las apuestas del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO, sea la red de apuestas de ETESA EN LIQUIDACIÓN, del CONCESIONARIO o de un tercero, sin previa autorización de la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD – ETESA EN LIQUIDACIÓN."

5.3.1.6. La utilización del SISTEMA por parte del concesionario para otros juegos o servicios requería de un acuerdo previo entre las partes sobre el valor a cobrar por dicho concepto y su formalización por medio de un otrosí al contrato de concesión. Así lo aclaró la entidad contratante ETESA EN LIQUIDACIÓN al expresar nítidamente su intención negocial en relación con este aspecto, en el "DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS ACLARACIONES ADICIONALES PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA 01 DE 2011", de 5 de abril de 2011 publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011 y específicamente en el acápite destinado a responder solicitud de aclaración formulada por Corredor Empresarial S.A. mediante comunicación PRES1E43921:

"3. EN LA CLÁUSULA 6 LITERAL B DE LA MINUTA:

"Se autoriza la utilización del sistema por parte del concesionario para la operación y explotación del juego Loto en Línea, así como para la operación y explotación de otros juegos o servicios comerciales."

"referente a lo anterior se solicita comedidamente aclarar si existe un costo para e (sic) uso del sistema, para complementarlos en el estudio de factibilidad.

"Respuesta: El uso del sistema para correr el juego de suerte y azar denominado Loto en Línea – Baloto no tendrá ningún costo para el futuro concesionario. En el evento de pretender usarlo para la operación y

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

explotación de otros juegos y/o servicios comerciales, se requerirá de un acuerdo previo sobre el valor a cobrar por dicho concepto, lo que se formalizará por medio de un otrosí al contrato de concesión."

5.3.1.7. Además de que su publicación en el SECOP cumple con el principio de publicidad que informa la actividad precontractual del Estado, GTECH S.A.S. admitió de manera expresa en comunicación del 14 de mayo de 2013 que dirigió a COLJUEGOS, haber conocida oportunamente ese documento, aunque le niega cualquier efecto vinculante en tanto entiende que tal respuesta debió tramitarse como modificación al pliego de condiciones:

"...GTECH reconoce la existencia de la aclaración solicitada y la respuesta dada en ese entonces. Sin embargo, si la respuesta ofrecida se hubiese considerado por ETESA como un hecho constitutivo de modificación de los Pliegos de Condiciones, debió haber procedido en los términos señalados por los mismos y atendiendo los mandatos legales: es decir la modificación debió haberse surtido mediante una adenda modificatoria de la minuta del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el pliego de condiciones..."

4.3.1.8. Tal interpretación ha sido y es enfáticamente rechazada por COLJUEGOS por cuanto a la luz de la disposiciones que disciplinan la contratación estatal, las aclaraciones que tienen lugar durante el proceso de selección del contratista son vinculantes para quienes en él intervienen con el cumplimiento de los requisitos de oportunidad y publicidad, cumplidos cabalmente con ocasión de la aclaración en este tema. Así lo ha señalado el Consejo de Estado:

"Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.

"A propósito de la formalidad del adendo a la que alude la parte demandada apelante, sea esta la oportunidad para precisar que si bien normativamente se ha establecido que cualquier modificación al pliego de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

condiciones o términos de referencia está llamada a implementarse a través de adendos³⁶, lo cierto es que la norma no estableció algún tipo de exigencia formal para su expedición.

"Una vez consultado el significado literal de la palabra adendo se encuentra que corresponde a un "Conjunto de textos que se añaden a una obra escrita ya terminada o a una de sus partes para completarla y actualizarla."³⁷ De ahí que constituirá un adendo, todo lo que adicione, agregue o complete el texto inicial, es decir que contenga una previsión que el documento original no tenía.

"Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de "adendo", la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes.

"En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones."³⁸.

³⁶ Art.7 del Decreto 2474 de 2008. Derogado por el art.9.2 del Decreto 734 de 2012.

Artículo 7º. Modificación del pliego de condiciones. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2025 de 2009. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello. Los efectos del texto subrayado fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 1 de abril de 2009, Rad. 2009-00024-00(36476), confirmado mediante providencia de mayo 27 de 2009.

³⁷ Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, Expediente 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.3.1.9. El cierre de la licitación pública 001 de 2011 fue el 14 de abril de 2011, lo cual comporta que la aclaración contenida en el "DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS ACLARACIONES ADICIONALES PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA 01 DE 2011", de 5 de abril de 2011, publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011, se expidió y se publicó dentro del término establecido en el artículo 30 numeral 5 inciso 2 de la Ley 80 de 1993. Esto es que esa aclaración cumplió satisfactoriamente con los requisitos de oportunidad y publicidad necesarios para su validez.

5.3.1.10. Admitir como lo ha pretendido GTECH S.A.S. que el alcance de las cláusulas del contrato 887 de 2011 permite a un particular usufructuar gratuitamente un bien del estado "EL SISTEMA", colide con el carácter conmutativo del contrato estatal y con la finalidad predeterminada por el legislador para la actividad contractual, esto es la satisfacción del interés general, para en cambio beneficiar a un particular en perjuicio de las finanzas del Estado, lo cual comportaría la ilicitud de negociación en tal sentido y su nulidad absoluta por ilicitud de la causa.

5.3.1.11. Por otra parte, durante el trámite de la licitación pública 001 de 2011, GTECH DE COLOMBIA S.A., una de las sociedad integrantes del grupo GTECH del cual hace parte GTECH S.A.S., envió comunicación a ETESA EN LIQUIDACIÓN en la cual solicitó:

"Se solicita actualizar la versión del contrato de concesión toda vez que en su sentir, no se han incorporado al mismo las modificaciones realizadas al pliego de condiciones, así como tampoco las respuestas brindadas a las observaciones realizadas el mismo.

5.3.1.12. En respuesta ETESA EN LIQUIDACIÓN le requirió especificar los cambios no incluidos para tenerlos en cuenta, sin que se hubiera dado respuesta en tal sentido.

*"Respuesta: la entidad a efectos de atender el requerimiento formulado realizará una revisión a las modificaciones aprobadas al pliego de condiciones definitivo, al igual que a las respuestas brindadas a las observaciones que impliquen modificación al contrato de concesión e incluyó la versión definitiva del contrato de concesión en la Adenda número uno al pliego de condiciones
No obstante, se requiere al peticionario para que especifique los cambios no incluidos a fin de tenerlos en cuenta."³⁹*

5.3.1.13. El 3 de junio de 2011 fue celebrada la audiencia de adjudicación dentro del proceso licitatorio 001 de 2011. A nombre de GTECH S.A.S PROMESA DE

³⁹ Documento de 23 de marzo de 2011 Respuesta a solicitudes de aclaración adicionales.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

SOCIEDAD FUTURA, intervino el doctor Santiago Jaramillo para manifestar su conformidad con la información que fue suministrada durante el proceso licitatorio, según se hizo constar en el acta que se levantó en esa oportunidad:

"- Señala que participaron en el proceso de la forma más seria y profesional posible, incluyendo un grupo de empresas extranjeras y nacionales con reconocida experiencia.

"- Destaca que las reglas del juego fueron claras y están contenidas en el pliego de condiciones y resalta la posibilidad de incluir tres (3) alternativas, crecer el sistema actual, usar el sistema actual o proponer un nuevo sistema, aspecto que garantiza la selección objetiva del proponente.

"- Señala que las respuestas de ETESA EN LIQUIDACIÓN han sido juiciosas, ponderadas, justificadas y fundamentadas.

"- Destaca que las reglas de participación fueron claras y justas.

"- Solicita al Liquidador que acoja la evaluación del Comité Evaluador para garantizar la generación de recursos para el sector salud.

5.3.2. En el contrato 887 de 2011, son varias las cláusulas que se refieren al uso del SISTEMA, a saber:

5.3.2.1. En la cláusula segunda se acordó que con la firma del contrato ETESA EN LIQUIDACIÓN entregaba el SISTEMA al concesionario:

"SEGUNDA: SISTEMA: Con la firma de este contrato, ETESA EN LIQUIDACIÓN hace entrega formal al CONCESIONARIO, del sistema a través del cual se corre el juego objeto de concesión (en adelante el "Sistema", definido de acuerdo con lo previsto en el Anexo 1 – Descripción del Sistema), el que a su vez deberá ser devuelto por el CONCESIONARIO a ETESA EN LIQUIDACIÓN o a la persona jurídica que éste le indique a la terminación del contrato, junto con la documentación correspondiente..."

5.3.2.2. El SISTEMA que entregó COLJUEGOS a la concesionaria GTECH S.A.S. tenía como destino la operación del juego LOTO EN LÍNEA-BALOTO, además de permitirse su utilización para la operación de otros juegos de suerte y azar o servicios comerciales, previa autorización expresa de la concedente y acuerdo sobre el valor a pagar por tal concepto a través del respectivo otrosí (cláusula Sexta punto ff y aclaración al pliego de condiciones contenida en el "DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS ACLARACIONES ADICIONALES PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA 3

LICITACIÓN PÚBLICA 01 DE 2011", publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011). Se acordó en la cláusula SEXTA:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"b) Explotar y operar de conformidad con la ley, el reglamento y este contrato, por su cuenta, riesgo y bajo su única y exclusiva responsabilidad el juego LOTO EN LÍNEA- BALOTO. ETESA EN LIQUIDACIÓN de manera expresa y escrita, en desarrollo de este contrato autoriza la utilización del Sistema por parte del CONCESIONARIO para la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA, así como para la operación y explotación de otros juegos o servicios comerciales, que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema. En cuanto a ello, el CONCESIONARIO se obliga a mantener los bienes que son objeto de entrega para su uso en las condiciones bajo las cuales los recibe, salvo por el desgaste y deterioro por su uso normal..."

5.3.2.3. El mantenimiento del SISTEMA, tanto de los elementos entregados por ETESA EN LIQUIDACIÓN como de aquellos que debía instalar el concesionario conforme a lo ofrecido en su oferta, se incluyó dentro de las obligaciones del concesionario. En la misma cláusula SEXTA punto c) se plasmó, así:

"Realizar la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA, a través del SISTEMA, en las condiciones y estándares operativos bajo los cuales se ha operado y explotado el juego. En desarrollo de la mencionada operación el CONCESIONARIO mantendrá instaladas las cuatro mil novecientos noventa y cuatro (4994) terminales que hacen parte del Sistema que entrega ETESA EN LIQUIDACIÓN, así como de las terminales adicionales que se obliga a instalar para la operación y explotación del juego. Igualmente, se obliga a realizar el mantenimiento correctivo y preventivo del SISTEMA, de acuerdo con las políticas determinadas por ETESA EN LIQUIDACIÓN, a partir del diecinueve (19) de abril de 2012."

5.3.2.4. La utilización del SISTEMA para actividades diferentes a la operación del juego Loto en Línea Baloto, se condicionó a la autorización escrita y expresa de la concedente y a la existencia de acuerdo previo entre las partes sobre el pago por tal uso elevado a otrosí, conforme al contenido de la Cláusula Sexta – ff y su aclaración a través del "DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS ACLARACIONES ADICIONALES PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA 01 DE 2011", publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011:

"CLÁUSULA SEXTA. ... ff. Solicitar y recibir autorización previa de ETESA EN LIQUIDACIÓN, antes de operar en la infraestructura de apuestas o terminales donde opera el LOTO EN LÍNEA, otros juegos de suerte y azar que sean o no de su competencia, para lo cual deberán acordar los gastos que por utilización de la Red le corresponderán a ETESA EN LIQUIDACIÓN..."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Aclaración a esa cláusula incorporada en el "DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS ACLARACIONES ADICIONALES PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA 01 DE 2011", publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011:

"3. EN LA CLÁUSULA 6 LITERAL B DE LA MINUTA:

"Se autoriza la utilización del sistema por parte del concesionario para la operación y explotación del juego Loto en Línea, así como para la operación y explotación de otros juegos o servicios comerciales."

"referente a lo anterior se solicita comedidamente aclarar si existe un costo para e (sic) uso del sistema, para complementarlos en el estudio de factibilidad.

"Respuesta: El uso del sistema para correr el juego de suerte y azar denominado Loto en Línea – Baloto no tendrá ningún costo para el futuro concesionario. En el evento de pretender usarlo para la operación y explotación de otros juegos y/o servicios comerciales, se requerirá de un acuerdo previo sobre el valor a cobrar por dicho concepto, lo que se formalizará por medio de un otrosí al contrato de concesión."

5.3.2.5. Al concesionario le quedó expresamente prohibido operar el sistema para actividades diferentes a la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO, sin la autorización expresa de la concedente y sin la existencia del acuerdo previo sobre el valor a pagar por tal uso, según se aclaró expresamente en el "DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS ACLARACIONES ADICIONALES PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA 01 DE 2011", publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011, transcrita en el numeral que antecede. Se puntualizó dentro del catálogo de prohibiciones:

"OCTAVA: PROHIBICIONES AL CONCESIONARIO: Además de las establecidas en las normas legales y reglamentarias que regulan el juego y las que se deriven de este contrato, queda prohibido expresamente al CONCESIONARIO...

"... 6) Operar otros juegos por intermedio de la red de apuestas o de las terminales con las que se operan las apuestas del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO, sea la red de apuestas de ETESA EN LIQUIDACIÓN, del CONCESIONARIO o de un tercero, sin previa autorización de la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD – ETESA EN LIQUIDACIÓN

5.3.2.6. Correlativamente como una de las obligaciones de ETESA EN LIQUIDACIÓN, en la cláusula Séptima se estableció:

"a) ETESA EN LIQUIDACIÓN autoriza al CONCESIONARIO la utilización del SISTEMA que revierte, para la operación y explotación del juego LOTO EN

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

LÍNEA- BALOTO y los demás juegos o servicios que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema, tal como se regula en el presente contrato."

5.3.2.7. En la retribución al contratista no se incluyó el derecho a lucrarse gratuitamente de la utilización del SISTEMA para usos comerciales⁴⁰. De acuerdo a las cláusulas del contrato, fue claro el pacto incluido en relación con la determinación del valor del contrato, los derechos de explotación, los gastos de administración y la remuneración del concesionario:

"QUINTA: VALOR DEL CONTRATO, DERECHOS DE EXPLOTACIÓN, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO: El valor de este contrato es indeterminado pero determinable con base en un porcentaje del treinta y dos por ciento (32%) de las ventas brutas efectivamente realizadas por el CONCESIONARIO, por concepto de Derechos de Explotación, más el uno por ciento (1%) por concepto de Gastos de administración, liquidado sobre el valor de los derechos de explotación, y que el CONCESIONARIO se obliga a pagar en los términos de este contrato. En consecuencia, para todos los efectos pertinentes, incluidos los impuestos exigibles, el valor del contrato será determinado y calculado con base en las ventas brutas del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO efectivamente realizada durante el período de vigencia del mismo.

Las cuentas que se constituirán en el encargo fiduciario para el manejo de los recursos provenientes de la explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO estarán integradas por los rubros y porcentajes calculados sobre las ventas brutas que se detallan a continuación:

- 1. Cuenta pago de premio: CINCUENTA POR CIENTO (50%)*
- 2. Cuenta de reserva técnica: DOS POR CIENTO (2%) que se tomará del CINCUENTA POR CIENTO (50%) de las ventas brutas destinadas para la cuenta de pago de premios, hasta completar el DOS POR CIENTO (2%) del valor total del contrato.*
- 3. Cuenta premios caducos.*
- 4. Cuenta Derechos de Explotación: TREINTA Y DOS POR CIENTO (32%) de las ventas brutas.*
- 5. Cuenta Gastos de administración: UNO POR CIENTO (1%) de los Derechos de Explotación, esto es, el cero punto treinta y dos por ciento (0,32%) de las ventas brutas.*
- 6. Cuentas Gastos de Operación: OCHO POR CIENTO (8%) de las ventas brutas.*
- 7. Cuentas Gastos de Publicidad: DOS POR CIENTO (2%) de las ventas brutas.*

⁴⁰ Pacto que devendría en ilegal por violación al artículo 48 del ECAP y que por tanto estaría viciado de nulidad absoluta, por contravenir el derecho público de la Nación.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

8. El porcentaje restante de las ventas brutas (SIETE PUNTO SESENTA Y OCHO POR CIENTO (7,68%) será retenido por los puntos de venta (descuento en ventas), quienes, adicionalmente, harán el pago de premios menores de tres y cuatro aciertos.

"Resumen ecuación del contrato de concesión

CONCEPTO	PORCENTAJE
Comisión punto de venta	7,68%
Cuenta Gastos de Operación	8,00%
Gastos de Operación red	4,15%
Inversionistas	0,73%
Gastos financieros	0,54%
Fiducia	0,15%
Utilidad	0,93%
Plan de premios	50%
Derechos de explotación	32%
Gastos de Administración	0,32%
Gastos de Mercadeo	2%

PARÁGRAFO PRIMERO: El valor de las ventas brutas realizadas durante la vigencia del contrato será informado mediante la declaración denominada **ANEXO SEMANAL DE VENTAS**, que diligenciará y remitirá el **CONCESIONARIO** a **ETESA EN LIQUIDACIÓN**, el primer día hábil de la semana siguiente a su realización.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El valor de la contraprestación del **CONCESIONARIO** provendrá de la explotación y operación del **juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO** y se pagará por conducto de la entidad fiduciaria a la cuenta que el **CONCESIONARIO** determine, en los términos y condiciones que se establezca en el contrato de fiducia que se suscriba para el manejo de los fondos provenientes de la operación y explotación del juego **LOTO EN LÍNEA – BALOTO**.

PARÁGRAFO TERCERO: ECUACIÓN CONTRACTUAL: El **CONCESIONARIO** tendrá derecho a solicitar la terminación de este contrato o su reajuste en los términos del Artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y cuando se presente alguna de las situaciones que se describen a continuación, las cuales formarán parte de la ecuación contractual originaria de este contrato..." (Hemos resaltado).

5.3.3. En el acta de inicio suscrita el 19 de abril de 2012, se plasmaron varios acuerdos relacionados con el uso del **SISTEMA**, a saber:

5.3.3.1. **COLJUEGOS** autorizó a **GTECH S.A.S.** la utilización del **SISTEMA** únicamente para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar:

"Coljuegos autoriza la utilización del Sistema para la operación y explotación de otros juegos."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.3.3.2. En la misma acta se estableció que los acuerdos a que llegaran las partes sobre el uso del sistema, para fines diferentes a la explotación y operación del juego LOTO EN LINEA – BALOTO —sin especificar esos fines—, tendrían efectos a partir de la fecha de inicio de la etapa operativa:

"...Los acuerdos a que lleguen las partes sobre el uso del sistema concesionado, para fines diferentes a la explotación y operación del juego LOTO EN LINEA-BALOTO, tendrán efectos a partir de la fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011". (Hemos subrayado).

5.3.3.3. No se incluyó en esa acta autorización alguna para el uso comercial del SISTEMA. Mucho menos se pactó la remuneración por tal uso.

5.3.3.4. Al acta de inicio se anexó un ejemplar de los contratos de "Colaboración Empresarial" celebrados por GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION Sucursal Colombia⁴¹, con los propietarios de los negocios en los cuales se instalan los puntos de venta (PDV), a quienes se denominó OPERADORES, y cuyo objeto se convino, así:

"CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: Por medio del presente Contrato las Partes acuerdan los términos y condiciones generales bajo las cuales las mismas se comprometen a realizar de manera conjunta las respectivas actividades de colaboración **para efectos de comercializar los Juegos** en los Establecimientos y distribuirse los ingresos generados en virtud de la comercialización conjunta de los juegos.

"Parágrafo: Sin perjuicio de lo establecido en este documento, **las Partes acuerdan que para efectos de la comercialización conjunta de cada uno de los Juegos en los Establecimientos**, cuando sea necesario, las mismas suscribirán documentos que se anexarán al presente Contrato en donde se establecerán los términos y condiciones específicas en que se comercializará cada uno de los Juegos, incluyendo pero sin limitarse a: (i) de ser necesario, la forma de facturación a los terceros y a los clientes de GTECH; (ii) la forma y periodicidad en que las Partes emitirán a la otra los respectivos soportes de las transacciones y de los ingresos que reciban en virtud de este Contrato, según sea el caso; y (iii) las condiciones especiales y distribución de responsabilidades aplicables a cada una de las Partes." (Hemos resaltado).

5.4. DEL GRAVE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 887 DE 2011, POR PARTE DE GTECH S.A.S.

⁴¹ La concesionaria en el contrato 117-99 y una de las sociedades que integró la promesa de sociedad futura GTECH S.A.S

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

Como premisa general cabe advertir que COLJUEGOS ha cumplido con apego estricto al contrato todas las obligaciones que le corresponden.

Igualmente es menester precisar que en el contrato 887 de 2011 se incluyó la prohibición al concesionario de ejecutar cualquier acto lesivo a los intereses de ETESA EN LIQUIDACIÓN (cláusula octava 2). A pesar de la claridad de esa prohibición GTECH S.A.S. ha incurrido en graves incumplimientos durante la ejecución del contrato 887 de 2011, actos que han resultado altamente lesivos a los intereses de COLJUEGOS.

Los graves incumplimientos de GTECH S.A.S. con ocasión de la ejecución del contrato 887 de 2011, son: (5.4.1.) en relación con la utilización del sistema para la prestación de servicios comerciales sin obtener la autorización de COLJUEGOS al efecto; (5.4.2.) en relación con el no pago a COLJUEGOS, por la utilización del sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y para uso comercial.; (5.4.3.) en relación con la negativa a suministrar información comercial, técnica y financiera sobre la utilización del sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y con el uso comercial.

(5.4.1.) EN RELACIÓN CON LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMERCIALES SIN OBTENER LA AUTORIZACIÓN DE COLJUEGOS PARA AL EFECTO

5.4.1.1. Como ya se explicó la utilización del SISTEMA por parte de la concesionaria para uso comercial, requería de la autorización expresa por parte de la entidad concedente, además del pacto previo en relación con las sumas que debía pagar a la Concedente propietaria del SISTEMA por este concepto, todo ello consignado en el respectivo otrosí.

5.4.1.2. En el acta de inicio del contrato, solo se autorizó el uso del sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar, sin que se acordara el valor a pagar por ese concepto, aunque quedó claramente establecido que estaba pendiente el pacto sobre el punto y que cualquier acuerdo tendría efectos retroactivos a la fecha de suscripción del acta.

5.4.1.3. COLJUEGOS no ha autorizado el uso del SISTEMA para la prestación de servicios comerciales. Al contrario de lo que ha sostenido la concesionaria, tanto la utilización del sistema para la prestación de servicios comerciales como para la operación de otros juegos de suerte y azar a través del SISTEMA, si estaba sujeta a condición, y esta era la autorización expresa y escrita por parte de la concedente y el pacto sobre el pago a realizar por tal concepto plasmados en un otrosí, como lo aclaró la entidad concedente en el curso del proceso licitatorio al responder a uno de los oferentes en documento de aclaraciones transcrito en lo pertinente en el punto 5.3.2.4. de esta demanda.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.4.1.4. Actualmente el SISTEMA de propiedad de Coluegos es utilizado por la concesionaria directamente o a través de terceros, para distintas actividades diferentes a la operación y explotación del juego Baloto, tales como: ventas de otros juegos de suerte y azar (Pagatodo, chance, loterías, Superastro); así como para la prestación de diferentes servicios comerciales como: recargas de celulares, venta de pines para distintos usos, corresponsalía bancaria, pago de servicios públicos y privados, giros, según se anuncia en la página web de Baloto.

5.4.1.5. Las transacciones diferentes a la explotación del juego Loto en Línea Baloto que se operan por el SISTEMA, se pueden clasificar en 5 grupos:

*5.4.1.5.1. **Ventas de otros juegos de suerte y azar:** a través del sistema de baloto se comercializa chance Pagatodo, Superastro y 9 loterías tradicionales, según lo han informado los administradores de estos juegos y conforme se registra en el reporte diario de la venta de Baloto y Revancha.*

*5.4.1.5.2. **Recargas y venta de pines:** a través del sistema de Baloto se realizan recargas de celulares, televisión satelital (DirectTV), peajes, energía eléctrica entre otros servicios.*

*5.4.1.5.3. **Corresponsalía Bancaria:** transacciones asociadas a la prestación de los servicios financieros a nombre de un banco determinado. De acuerdo con la información publicada tanto en la página de la red denominada VIA-BALOTO como en las páginas oficiales de los Bancos, el sistema de Baloto funciona como corresponsal no bancario de 3 bancos: Citibank, Colpatria y Banco de Occidente.*

*5.4.1.5.4. **Recaudos:** corresponde a la recepción de pagos de diferentes servicios o productos.*

*5.4.1.5.5. **Giros:** corresponde a la transferencia de dinero (recepción y entrega) entre usuarios a través de un PIN. De acuerdo con información publicada en la página web del Banco Colpatria, este servicio que opera mediante el SISTEMA de Baloto, se inicia a través de la estrategia TUGIRO con Colpatria. Actualmente el SISTEMA de Baloto también funciona como aliado del servicio MIGIRO, de acuerdo con la forma de cobro al usuario final publicada en la página de VIA-Baloto.*

5.4.1.6. Según lo manifestado por GTECH S.A.S. en diferentes comunicaciones dirigidas a COLJUEGOS, esta sociedad no recibe ingresos por la explotación del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar y para la prestación de servicios comerciales, por cuanto tales actividades han sido

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

tercerizados a través de un contrato con Gtech Colombia Ltda, una sociedad del grupo Gtech.

5.4.1.7. Según presentaciones que Gtech S.A.S ha hecho a Coljuegos, Gtech Global Services, es propietaria del 80% de las acciones de esa sociedad y del 100% de las acciones de Gtech Colombia Ltda

5.4.1.8. Por su parte Gtech Colombia Ltda es la encargada de la operación de servicios comerciales a través del SISTEMA.

5.4.1.9. La sociedad Gtech Foreign Holding Corporation Colombia Branch es la encargada de la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar a través del SISTEMA.

(5.4.2.) EN RELACIÓN CON EL NO PAGO A COLJUEGOS, POR LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA PARA LA OPERACIÓN DE OTROS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR Y PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMERCIALES.

5.4.2.1. GTECH S.A.S. ha admitido la obligación que tiene con COLJUEGOS de hacer pagos por el uso del SISTEMA para la operación de otros juegos. En cambio ha negado la obligación de pagar por el uso del SISTEMA para la prestación de servicios comerciales, con el argumento de que en el contrato 887 de 2011 no se pactó contraprestación alguna por ese concepto.

5.4.2.2. Reiteradamente COLJUEGOS ha insistido a GTECH S.A.S., para acordar la remuneración por el uso del SISTEMA que la concesionara ha hecho o ha permitido que terceros lo hagan, para la prestación de servicios comerciales durante toda la ejecución del contrato 887, sin pagar suma alguna por tal concepto. En comunicación de abril 11 de 2013, la requirió para el efecto, así:

"Como es de su conocimiento en la pasada licitación pública celebrada por Etesa, se otorgó la concesión para la operación del juego Loto en Línea Baloto. Tanto en la referida licitación como en el Contrato No. 887 de 2011, se fijaron algunas de las condiciones sobre el uso de la red por medio de la cual se comercializa el juego.

"En la licitación y el contrato de la referencia se destaca la destinación de la red propia de Coljuegos, que ha sido adquirida por éste en virtud de las cláusulas de reversión pactadas en los contratos y que son propias de los de concesión.

"El uso de la red de baloto está compuesto por su uso natural, es decir para la operación y explotación de juegos y el uso comercial referente a la prestación de diferentes servicios a las compañías con las que previamente se establece un convenio o contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"Por estas razones y con el fin de acordar una remuneración por el uso lucrativo de la red que es propia de Coljuegos según lo establece el contrato en el literal ff de la cláusula sexta, les solicitamos amablemente nos compartan los argumentos, consideraciones o estudios que soportan el 7% expresado por ustedes en la reunión sostenida en sus instalaciones el 21 de marzo del presente, a la que asistí en compañía del Dr. Luis Omar Torrado, Vicepresidente de Desarrollo Organizacional..."

5.4.2.3. El 3 de mayo de 2013 COLJUEGOS remitió a Gtech S.A.S, concepto jurídico en sustento de sus reclamaciones sobre las condiciones económicas del uso comercial del SISTEMA. El argumento central de la reclamación, se expuso, así:

"...La interpretación de los literales b. y ff. de la cláusula SEXTA, ya transcritos, debe hacerse a la luz del propósito y sentido de todo el clausulado del contrato 887 y más aun de principios generales de la administración pública, desentrañando el querer de las partes, tarea en la que estamos condicionados por el interés superior de la Administración que guía la actividad contractual del Estado. Así la interpretación no puede ser otra que la explicada en los párrafos precedentes, esto es, que como el objeto del contrato es la concesión para la operación del juego BALOTO a cambio de una contraprestación denominada derechos de explotación y gastos de administración, cualquier actividad lucrativa que se salga de ese objeto contractual, debe ser remunerada adicionalmente al Estado.

"Ahora, si el planteamiento de la concesionaria GTECH se basa en lo previsto en el literal ff. de la cláusula sexta, que solo hace alusión a la operación de la infraestructura para operar otros juegos de suerte y azar, mediante un acuerdo sobre los gastos por dicha utilización, la respuesta es que la cláusula citada no otorga ningún derecho a GTECH a utilizar la infraestructura para usos comerciales sin pagar por ello. Nótese que esta previsión contractual está contemplada dentro de la cláusula que regula las obligaciones del concesionario y lo que hace es reafirmar que antes de utilizar la infraestructura para otros juegos de suerte y azar se debe obtener la autorización de COLJUEGOS. El no incluir en dicho literal a los otros usos comerciales de la red, mal puede interpretarse en que en estos casos el concesionario no debe pagar. Ante el silencio de la norma, lo que se impone es una interpretación a la luz de todo el clausulado y principalmente del principio que rige toda la ejecución contractual de esta concesión y que claramente es que la utilización de los bienes estatales dados en concesión debe implicar, necesariamente, una ganancia para el Estado en términos de un ingreso. Pero adicionalmente el hecho de que en el contrato no se hubiere hecho una precisión al respecto no genera ningún vacío porque el tema se trató en el curso del proceso licitatorio, tal como se explica a continuación, con lo cual lo precisado en esa etapa hace parte del contrato y determina las condiciones de ejecución del mismo..."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.4.2.4. En Comunicación de 3 de mayo de 2013 dirigida a COLJUEGOS, GTECH S.A.S. en contra del contenido del punto 2 del pliego de condiciones especialmente en el aparte 2.11, así como del estudio de factibilidad que presentó con su propuesta particularmente en los Anexos 5 y 6, en los cuales incluyó la proyección de las ventas del juego, año por año de los cinco de duración de la concesión, además de los pagos a realizar con el producto de esas ventas por concepto de: comisión punto de venta, gastos de operación (Distribución de Red), Gastos administrativos (Funcionamiento), Transferencias al sector Salud (Derechos de Explotación), Gastos de Administración, Mercadeo y Publicidad, Inversionistas (Depreciación), Gastos Financieros, Fiducia, Plan de Premios, afirmó:

*"COLJUEGOS efectivamente está recibiendo una participación por la explotación de su red, y esta compensación no sólo se deriva de la contraprestación que se cancela por los derechos de explotación y gastos de administración, en un 32% de las ventas brutas del Baloto efectivamente realizadas por GTECH para lo primero y en 0,32 de las ventas brutas para lo segundo⁴², **sino que, además, la empresa concesionaria, debe asumir los administrativos y de operación del juego de suerte y azar LOTO EN LÍNEA-BALOTO, que se traducen en pagos de premios, reserva técnica, gastos de operación, gastos de publicidad y retenciones de los puntos de venta, entre otros⁴³".** (hemos resaltado)*

5.4.2.5. COLJUEGOS ha rechazado y rechaza enfáticamente tal interpretación, en tanto el elemento determinante en la adjudicación de la licitación 001 de 2011 a GTECH S.A.S. promesa de sociedad futura, fue la presentación de un estudio de factibilidad con resultados positivos, el cual se sustentó en un proyecto financiero que analizaba únicamente los ingresos por ventas del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO y los gastos y costos a que había lugar por la explotación de esa concesión, con cargo a esos ingresos conforme se exigió en el pliego de condiciones.

5.4.2.6. Fundamentalmente por las razones GTECH S.A.S. se ha negado a reconocer el derecho de COLJUEGOS a percibir remuneración por el uso del SISTEMA, las expuso en comunicación de 14 de mayo de 2013:

"En conclusión, GTECH considera que no es necesario negociar ningún valor por concepto del uso comercial del Sistema en tanto:

a. El contrato, desde la minuta —parte integral de los Pliegos de Condiciones—, estipulaba que cuando se tratara de otros servicios, el

⁴² Nota original del texto transcrito. "Cláusula quinta. Contrato 887 de 2012 (sic)

⁴³ Nota original del texto transcrito: "Ibídem."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

concesionario podía hacer uso de la Red sin que se generara un pago adicional.

b. No existe conflicto o vacío de interpretación de lo previsto por las partes en el contrato acerca de la forma de retribuir la operación de juegos de suerte y azar y el hecho de que esa fórmula no es aplicable a la operación de otros servicios comerciales, autorizados expresamente por COLJUEGOS en el contrato.

c. Adicionalmente y en gracia de discusión, no se puede afirmar, como lo pretende hacer COLJUEGOS, que mediante una respuesta dada por ETESA, en ese entonces, a una solicitud de aclaración de un proponente, se originó un cambio en los Pliegos de Condiciones y que, como tal, resultaba vinculante para las partes. Esto, toda vez que si se analiza la integridad de los Pliegos, destacando los apartes previamente citados, y se contrasta con el indicado en el Estatuto General de la Contratación Administrativa y demás Decretos reglamentarios, es indiscutible que para modificar los Pliegos se requería introducir estos cambios en las correspondientes adendas, hecho que no ocurrió por lo que carecen de todo carácter vinculante.

"d. Así mismo, la diferenciación entre el condicionamiento dado a otros juegos de suerte y azar, por una parte, y la ausencia de restricción dada a otros servicios, de otro lado, no es otra cosa que el producto de una determinación de las partes, manifestada en el acuerdo contractual y que, como tal es de obligatorio cumplimiento para éstas.

"e. GTECH ha actuado en un todo respetando los Pliegos de Condiciones y el Contrato bajo el postulado de la buena fe y, por lo mismo, no puede aceptar interpretaciones contractuales como las que propone COLJUEGOS que no sólo desconocen lo pactado por las partes en virtud de la libre autonomía de la voluntad sino que, adicionalmente, contradicen el actuar y proceder de la entidad contratante durante el proceso de selección de contratistas al estimar innecesario realizar un cambio contractual que ahora, a través de lecturas parcializadas, pretende darle una inexistente fuerza y obligatoriedad contractual.

"f. GTECH formuló su propuesta con base en una minuta idéntica al contrato 851 de 2010 que para ese entonces se estaba ejecutando a satisfacción, por lo tanto, para el caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta la coligación negocial arriba mencionada pues ambos contratos perseguían/persiguen un fin único."

5.4.2.6.1. No existe cláusula alguna en el pliego de condiciones de la Licitación 001 de 2011 o de la minuta del contrato acompañada al pliego de condiciones o del contrato 887 de 2011, en la que se haya establecido el derecho de la concesionaria a utilizar gratuitamente el SISTEMA para la prestación de servicios comerciales.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.4.2.6.2. La aclaración al pliego de condiciones contenida en el "DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS ACLARACIONES ADICIONALES PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA 01 DE 2011", publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011, si tiene efectos vinculantes, en tanto cumple con los requisitos que se exigen para su validez, a saber: (i) se expidió dentro del límite temporal establecido en la norma; (ii) no comporta un cambio sustancial al pliego; (iii) se dio a conocer oportunamente a todos los interesados a través de su publicación en el SECOP.

5.4.2.6.3. La aclaración al punto ff de la cláusula sexta de la minuta del contrato acompañada al pliego de condiciones, realizada a través del "DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS ACLARACIONES ADICIONALES PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA 01 DE 2011", el cual fue publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011, no requería de formalidad adicional para que surtiera efectos vinculantes en relación con los intervinientes en el proceso licitatorio, conforme lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado:

"Así, para establecer el objeto de un contrato e identificarlo no basta con remitirse a la lectura de la cláusula que dice contenerlo, por manera que es indispensable estudiar la totalidad del texto contractual en su integridad, al tiempo que debe extenderse su análisis a todos los demás documentos que tienen la virtualidad de incorporarse al mismo, que en materia de contratación estatal serán tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia, adendos, documentos modificatorios o aclaratorios, entre otros; con todo esto último constituye un aspecto que más adelante será abordado con mayor detenimiento."⁴⁴

5.4.2.6.4. En consecuencia GTECH S.A.S. ha incurrido en grave incumplimiento de las obligaciones contractuales relacionada con la utilización que ha hecho del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar y para la prestación de servicios comerciales, sin haber convenido previamente el valor a pagar a COLJUEGOS a título de remuneración por tal concepto, sin haber suscrito el respectivo otrosí y sin haber pagado suma alguna por tal uso durante toda la ejecución del contrato 887 de 2011.

5.4.2.6.5. GTECH S.A.S. promesa de sociedad futura no podía dentro de la Licitación Pública 001 de 2011, formular propuesta con base en una minuta idéntica a la del contrato 851 de 2010 como afirmó que lo hizo en la comunicación transcrita, en tanto al tema de la utilización del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar y para uso comercial, se le dio un tratamiento sustancialmente diferente en el pliego de condiciones de esa

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, Expediente 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

licitación y en la minuta del contrato que se incorporó al pliego, como se muestra a continuación:

<i>Contrato 851</i>	<i>Minuta del contrato incorporada en la licitación 001 de 2011</i>
<p><i>Cláusula Octava: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.-</i></p> <p><i>"...b) Explotar y operar de conformidad con la ley, el reglamento y este contrato, por su cuenta, riesgo y bajo su única y exclusiva responsabilidad el juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO. ETESA EN LIQUIDACIÓN de manera expresa y escrita, en desarrollo de este contrato autoriza la utilización del Sistema por parte del CONCESIONARIO para la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA, así como para la operación y explotación de otros juegos o servicios comerciales, que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema. En cuanto a ello, el CONCESIONARIO se obliga a mantener los bienes que son objeto de entrega para su uso en las condiciones bajo las cuales recibe, salvo por el desgaste por su uso normal;</i></p> <p><i>...PARÁGRAFO: De conformidad con lo establecido en el literal b) de esta Cláusula Séptima (sic), el sistema propiedad de ETESA podrá ser utilizado por EL CONTRATISTA para otros juegos u otros servicios comerciales que puedan ser comercializados a través del sistema, sin lugar a pago adicional a favor de ETESA por dicho concepto, pues las Partes reconocen que la correspondiente remuneración se encuentra incorporada en los Gastos de Administración que se causan a favor de ETESA. En ningún caso la utilización del Sistema antes descrita podrá afectar el normal funcionamiento del juego denominado LOTO EN LÍNEA"</i></p>	<p><i>SEXTA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.</i></p> <p><i>... B. Explotar y operar de conformidad con la ley, el reglamento y este contrato, por su cuenta, riesgo y bajo su única y exclusiva responsabilidad el juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO. ETESA EN LIQUIDACIÓN de manera expresa y escrita, en desarrollo de este contrato autoriza la utilización del sistema por parte del CONCESIONARIO para la operación y explotación del juego LOTO EN LINEA, así como para la operación y explotación de otros juegos o servicios comerciales, que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema. En cuanto a ello, el CONCESIONARIO se obliga a mantener los bienes que son objeto de entrega para su uso en las condiciones bajo las cuales recibe, salvo por el desgaste por su uso anormal;</i></p> <p><i>"...ff. Solicitar y recibir autorización previa de ETESA EN LIQUIDACIÓN, antes de operar en la infraestructura de apuestas o terminales donde opera el LOTO EN LÍNEA, otros juegos de suerte y azar que sean o no de su competencia, para lo cual deberán acordar los gastos que por utilización de la red le corresponderán a ETESA EN LIQUIDACIÓN</i></p> <p><i>"SEPTIMA: OBLIGACIONES DE ETESA EN LIQUIDACIÓN:</i></p> <p><i>a) ETESA EN LIQUIDACIÓN autoriza al CONTRATSITA la utilización del SISTEMA que revierte, para la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO y los demás juegos o servicios que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema, tal como se regula en el presente contrato.</i></p> <p><i>Aclaración a la cláusula sexta contenida en el "DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS ACLARACIONES ADICIONALES PRESENTADAS POR LOS INTERESADOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA 01 DE 2011:</i></p>

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

	<i>"Respuesta: El uso del sistema para correr el juego de suerte y azar denominado Loto en Línea – Baloto no tendrá ningún costo para el futuro concesionario. En el evento de pretender usarlo para la operación y explotación de otros juegos y/o servicios comerciales, se requerirá de un acuerdo previo sobre el valor a cobrar por dicho concepto, lo que se formalizará por medio de un otrosí al contrato de concesión."</i>
--	--

5.4.2.6.6. Cualquier error en que hayan incurrido los integrantes de la promesa de sociedad futura GTECH S.A.S., en la interpretación del pliego de condiciones y en la propuesta que formularon, es de su exclusiva responsabilidad conforme lo estableció el mismo pliego de condiciones:

"1.15. CONDICIÓN ESPECIAL

Serán de exclusiva responsabilidad de los proponentes: los errores, omisiones, cálculos mal proyectados, errores aritméticos e indebidas interpretaciones en que incurran al indicar los valores de su propuesta, debiendo asumir los mayores costos y/o pérdidas que se deriven de ellos, situaciones que no darán lugar posteriormente al reconocimiento y pago por parte de la entidad concedente."

5.4.2.7. COLJUEGOS ha insistido en el alcance y efectos vinculantes de los documentos del proceso licitatorio que dio origen al contrato, conforme lo expuso entre otras comunicaciones en la de 30 de mayo de 2013 dirigida a GTECH S.A.S.:

"Lo procedente en este caso, es acudir a los documentos del proceso licitatorio que dio origen al contrato, esto es, al pliego de condiciones, los anexos al mismo, los formularios de preguntas y respuestas al pliego, en los cuales se estableció lo siguiente:

El uso del sistema para correr el juego de suerte y azar denominado LOTO EN LÍNEA – BALOTO no tendrá ningún costo para el futuro CONCESIONARIO. En el evento de pretender usarlo para la operación y explotación de otros juegos y/o servicios comerciales, se requerirá de un acuerdo previo sobre el valor a cobrar por dicho concepto, lo que se formalizará por medio de un otrosí al contrato de concesión. (Formulario de respuestas proceso licitatorio 01 de 2011)

"La intención de las partes está claramente evidenciada en dicho documento, por lo cual no existiría ninguna razón para interpretar que la explotación de la red para servicios comerciales no tendrá ningún costo para Gtech. Esta sí sería una interpretación "acomodada" para favorecer al concesionario, sin fundamento jurídico alguno.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.4.2.8. El contrato 887 de 2011 dada la naturaleza jurídica que ostenta, esto es un contrato estatal disciplinado por las leyes 80 y 643, es intuitu personae, en relación con el cual se autorizó a subcontratar para la ejecución del objeto del contrato que no es otro que la operación del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO, sin que ello apareje traslado de la responsabilidad del concesionario hacia el subcontratista:

"VIGÉSIMA SEXTA: CESION DEL CONTRATO Y SUBCONTRATOS. El presente contrato es intuitu personae y por tanto, el CONCESIONARIO no podrá cederlo, en todo o en parte, sin la previa, expresa y escrita autorización de ETESA EN LIQUIDACIÓN. El CONCESIONARIO bajo su exclusiva y completa responsabilidad podrá celebrar subcontratos con empresas nacionales o extranjeras o desarrollar algunas de sus actividades."

5.4.2.9. Con claro desconocimiento de la naturaleza del contrato y del contenido de la cláusula Vigésimasexta, conforme a la cual las obligaciones contraídas en el contrato 887 de 2011 le corresponden a la concesionaria con independencia de las actividades que subcontrate, GTECH S.A.S. se ha negado a hacer el pago a que tiene derecho COLJUEGOS por la utilización del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar o para la prestación de servicios comerciales, con el argumento de que no es esa sociedad la que recibe los ingresos por la explotación del SISTEMA con esas actividades, dado que según explicó en comunicación de 11 de julio de 2014, tales ingresos los reciben otras sociedades del grupo GTECH:

"...3. Ingresos brutos mensuales recibidos por la comercialización de los otros juegos y servicios comerciales

"Teniendo en cuenta que GTECH no actúa, ni es comercializador de otros juegos o de servicios comerciales, como se ha explicado, GTECH no recibe ingreso alguno por concepto de la operación, explotación o comercialización de estos productos.

"Dentro de la estructura de operaciones establecida por el Grupo GTECH en Colombia y en línea con los derechos y obligaciones que establece el Contrato, GTECH SAS ha celebrado un contrato de arrendamiento de capacidad de infraestructura con GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, en virtud del cual, parte de la capacidad del Sistema es utilizada por GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA para operar, explotar o comercializar otros juegos y servicios comerciales.

"Teniendo en cuenta lo anterior, nos permitimos informar que el valor que recibe GTECH como contraprestación por la utilización del Sistema para la operación y explotación de otros juegos diferentes al Baloto y los servicios comerciales, es un canon de arrendamiento mensual del orden de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

COP\$29.499.639, el cual incluye un margen del 11% para GTECH y el IVA correspondiente..."

5.4.2.10. Incumple gravemente también GTECH S.A.S. al entregar en arrendamiento el SISTEMA, para que un tercero lo explote en su favor, a cambio de una exigua suma a título de arrendamiento, todo en perjuicio de los intereses de la entidad estatal.

5.4.2.11. Después de 2 años de discusiones, GTECH S.A.S presentó formalmente a COLJUEGOS una propuesta de remuneración por la utilización del sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y para usos comerciales. Dijo en comunicación de 21 de julio de 2014:

"Con ocasión de la reunión del 14 de julio de 2014 sostenida con usted y otros funcionarios de esa entidad, en la que presentamos la metodología adoptada por GTECH S.A.S. como concesionario del juego Loto en Línea – Baloto, para determinación de la remuneración que debe reconocer a Coljuegos por el uso parcial de la capacidad del Sistema (término como se define en el Contrato de Concesión 887 de 2011) para la operación y explotación de juegos diferentes al Baloto y de servicios comerciales, adjunto a la presente encontrará texto completo de dicha presentación.

"Es importante manifestar que el documento que se adjunta constituye la propuesta formal de GTECH S.A.S. a Coljuegos respecto de la manera como debe determinarse el valor mensual que esta sociedad debe reconocer a esa entidad, bajo el Contrato 887 de 2011, por el uso de capacidad parcial del Sistema para la operación y explotación de juegos y servicios comerciales diferentes al Baloto.

5.4.2.12. La metodología ideada y escogida unilateralmente por GTECH S.A.S. para presentar la propuesta de pago a COLJUEGOS por el uso del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar y para la prestación de servicios comerciales, se expuso así por la concesionaria:

"GTECH ha implementado internamente la Opción 2 para la estructura de funcionamiento de sus operaciones en Colombia.

GTECH propone a COLJUEGOS fijar la remuneración que le corresponde a COLJUEGOS por la utilización del Sistema para todos los juegos diferentes a Baloto o servicios, actuales o futuros, la suma de \$318.915.016 Pesos/año

\$1.594-575.079 Pesos/5 años

Prima a Junio 2014: \$675.036.783 Pesos..."

5.4.2.12.1. La propuesta presentada por la Concesionaria de pago a COLJUEGOS de la suma fija de TRESCIENTOS DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL DICIESCISEIS PESOS (\$318'915.016) anuales durante cada uno

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

de los cinco años de Concesión, describe la metodología para el cálculo del pago de la siguiente manera:

- "1. Determinar el valor a precios de mercado de una plataforma transaccional que cumpla con todas las condiciones técnicas y de seguridad que tiene el Sistema*
- 2. Determinar el nivel de utilización del Sistema para cada uno de los productos que hoy lo utilizan*
- 3. Realizar los ajustes propios a la realidad actual"*

5.4.2.12.2. Coljuegos encuentra inaceptable esta metodología por cuanto la definición implícita del SISTEMA empleada por el Concesionario no corresponde con su definición contractual, y es una versión reducida de esta última. La metodología propuesta por el Concesionario limita el Sistema a "las condiciones técnicas y de seguridad que tiene el Sistema", representadas en el costo de terminales, módems, routers, switches, servidores y otro hardware menor. Con esto, el Concesionario ignora varios elementos adicionales "afectos a la concesión" que están incluidos en la definición contractual del SISTEMA "el software y el hardware a través de los cuales corra el juego, así como las terminales y demás bienes afectos a la concesión" —Cláusula Vigésimo Primera—

5.4.2.12.3. La concesionaria ofrece pagar por los cinco años de utilización del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS para la operación de otros juegos de suerte y azar y para la prestación de servicios comerciales, la suma total de MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES SETENTA Y CINCO MIL OCHENTA PESOS (\$1.594.075.080), mientras que lo pagado por el mismo concepto con ocasión del contrato 117-99 cuando el sistema era de propiedad de la concesionaria correspondió en total a SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS, para un promedio anual de MIL OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$1.081.583.856).

5.4.2.12.4. En la medida en que la prestación de servicios comerciales a través del SISTEMA solo se implementó a partir del año 2.006, para obtener el promedio anual de pago a Coljuegos por el uso del sistema durante la ejecución del contrato 117-99, se tomó del periodo comprendido entre 2006 y 2011, conforme lo muestra el siguiente cuadro:

CONCEPTO	PAGA TODO	COMISION LOTERIA EN LINEA	SERVICIO COMERCIALES INCLUIDO PINES
----------	-----------	---------------------------------	---

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

No. Años (2006-2011)	6	6	6
Total Recibido	\$ 2.664.430.653	\$ 257.510.168	\$ 3.567.562.316
Promedio año	\$ 444.071.776	\$ 42.918.361	\$ 594.593.719
Promedio Anual Total	\$ 1.081.583.856		

5.4.2.12.5. Según lo ha expuesto la misma concesionaria en algunas presentaciones a COLJUEGOS, los ingresos brutos anuales recibidos por el grupo GTECH por la explotación del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar y para la prestación de servicios comerciales, han sido del orden de DOSCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS (\$200.000.000.000) anuales, esto es que durante los cinco años de ejecución del contrato 887 de 2011 corresponderán a UN BILLON DE PESOS.

5.4.2.13. El 19 de septiembre de 2014, GTECH S.A.S. retomó su tesis inicial en el sentido de no estar obligada a pagar suma alguna por la utilización el SISTEMA para uso comercial:

"...Sin embargo, en lo que no está de acuerdo GTECH SAS, tal como erróneamente se establece en la comunicación de la referencia, es que ésta sociedad concesionaria haya estado obligada, en virtud del Contrato, a pagar concepto alguno derivado de la autorización otorgada para la utilización del Sistema para la explotación de servicios comerciales. Esta obligación no se encuentra reflejada en ninguna cláusula del Contrato y reiteramos que GTECH SAS considera que a la luz de las estipulaciones contractuales no está obligada a pagar suma alguna por este concepto.

(5.4.3.) EN RELACIÓN CON EL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN SOBRE LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA PARA LA OPERACIÓN DE OTROS JUEGOS Y CON EL USO COMERCIAL.

5.4.3.1. En la cláusula sexta del contrato, en el catálogo de obligaciones del contratista se incluyó la de información en relación con el uso del SISTEMA, obligación no circunscrita como lo ha pretendido GTECH S.A.S. al uso relacionado con la operación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO:

"r. Atender oportunamente todos los requerimientos que el INTERVENTOR designado por ETESA EN LIQUIDACIÓN haga, relacionados con aspectos contables, técnicos, comerciales y de sistema, **tendientes a obtener los mejores resultados económicos del sistema** de acuerdo a lo establecido por la Ley de 1993" (Hemos resaltado).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.4.3.2. Durante la ejecución del contrato 887 de 2011, la entidad concedente hoy COLJUEGOS, no ha tenido acceso a la información relacionada con el uso del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar y para la prestación de servicios comerciales, porque Gtech S.A.S. se ha negado enfáticamente a suministrarla.

5.4.3.3. GTECH S.A.S. se ha negado a suministrar tal información con argumentos tales como: inexistencia de obligación contractual de tal naturaleza, la que entiende circunscrita solo a información relacionada con la operación del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO, o alegando confidencialidad en los convenios suscritos con terceros para la ejecución de tales actividades, o que la operación de otros juegos y servicios comerciales no la hace GTECH S.A.S. sino otras empresas del grupo GTECH, en relación con las cuales alega que COLJUEGOS no tiene competencia para revisar su información, en un clara practica de interposición societaria.

5.4.4.4. El 18 de junio de 2013, GTECH S.A.S. explicó a COLJUEGOS sobre la explotación comercial del SISTEMA, que esta la hace Gtech Foreign Holdings Corporation, lo cual justificó en el hecho de que esa sociedad en calidad de concesionaria en los contratos 117-99 y 851 de 2010, había celebrado desde la vigencia de aquellos contratos, los necesarios para la prestación de esos servicios que al parecer continuaron a pesar del cambio en la concesionaria:

"...no es cierto como lo afirma COLJUEGOS, que un "tercero" está utilizando un bien que hace parte de la concesión. Debe recordar la entidad que, para la fecha en que se suscribió el Acta de Inicio del Contrato 887, GTECH manifestó claramente que todos los contratos existentes relacionados con "otros servicios", se habían suscrito con GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION – SUCURSAL COLOMBIA, es decir, para dicha fecha ya se habían celebrado con el concesionario anterior el cual hoy hace parte del grupo económico del concesionario actual. Basta remitirse a los siguientes documentos, los cuales TODOS obran en los archivos de COLJUEGOS:

- Acta Cierre Etapa Preoperativa Contrato 887*
- Autorización expedida por Gtech Foreign Holdings Corporation a favor de GTECH SAS para que disponga y utilice en su totalidad la red comercial de punto de venta.*

Como ha sido de pleno conocimiento de la entidad concedente, desde hace más de diez años, el concesionario ha organizado la operación de otros servicios a través de las empresas que hacen parte del grupo empresarial de GTECH no sólo como estrategia interna del concesionario, sino también debido a que la empresa a través de la cual ha venido operando estos servicios, cuenta para este propósito con un software y hardware que no hace parte del sistema concesionado utilizado para operar el juego Loto en Línea Baloto."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.4.4.5. El 12 de marzo de 2014, COLJUEGOS reiteró sus múltiples peticiones de información a GTECH S.A.S., sobre los ingresos que provienen de la utilización del SISTEMA de su propiedad, para operar otros juegos de suerte y azar y para la prestación de servicios comerciales:

"e) Ordenar la exhibición y examen parcial de libros, comprobantes y documentos, tanto del concesionario o autorizado, como de terceros, legalmente obligados a llevar contabilidad.

"Con base en lo expuesto y con el propósito de establecer los ingresos derivados de la utilización de los elementos de red de propiedad del estado, solicitamos allegue a la COLJUEGOS la información relacionada con los ingresos resultado de la comercialización de juegos de suerte y azar diferentes a Baloto y de otros servicios comerciales que operan en dicha red. Si esta actividad es realizada por terceros como GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, GTECH COLOMBIA LTDA, GTECH COMUNICACIONES LTDA o cualquier otro, es necesario que allegue los estados financieros comparativos de los años 2012 y 2013 de esos terceros con la discriminación de ingresos por la operación de otros juegos de suerte y azar, gastos y costos y el balance de prueba de los años 2012 y 2013, en el término de 5 días hábiles contados a partir del recibo de esta comunicación.

5.4.4.6. La respuesta negativa de GTECH S.A.S. se produjo el 7 de abril de 2014, en la que en un típico caso de interposición societaria negó la información solicitada sobre el uso del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS, con el argumento de que es operado por personas ajenas al vínculo contractual:

"Estas actividades de fiscalización, tal como de manera clara se deriva de la lectura integral de este artículo, están estatuidas para controlar y vigilar a los "concesionarios o destinatarios de autorizaciones para operar juegos de suerte y azar" en lo que respecta a los "derechos de explotación" del juego correspondiente.

"Consideramos que no se trata, como lo expone COLJUEGOS, de una facultad de fiscalización sobre terceros ajenos a la actividad contractual, puesto esto supondría una extralimitación en sus funciones y una facultad de fiscalización sobre cualquier entidad o persona en Colombia.

"De hecho, cuando el artículo 43 antes citado se refiere a "terceros", en los literales (d) y (e), lo hace en virtud de la definición que de terceros trae la propia ley.

"De lo anterior, es claro que el "tercero" no es una persona ajena a la relación contractual y/o a la autorización otorgada; se trata, precisamente, del concesionario y/o autorizado para la explotación del monopolio.

"En consecuencia, COLJUEGOS, en virtud del artículo 43 de la Ley 643 de 2001 y en contrato de concesión 887 de 2011, no puede ejercer

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

actividades de fiscalización sobre personas ajenas a dicho vínculo contractual, como lo son GTECH FORING HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, GTECH COLOMBIA LTDA y GTECH COMUNICACIONES LTDA.

"II. En relación con lo anterior, mal puede exigírsele a GTECH SAS, concesionario del contrato 887 de 2011, la entrega de información contable y confidencial de personal jurídicas totalmente independientes y autónomas a ella. GTECH SAS tiene con éstas, vínculos contractuales, de los cuales, en varias oportunidad, se han remitido copias a Coljuegos; sin embargo GTECH SAS no tiene la facultad, ni le asiste derecho alguno, para remitir información que no sólo no está relacionada con el contrato 887, sino que en adición, le pertenece a cada una de estas personas jurídicas, de manera independiente.

"III. Sin perjuicio de lo anterior y en relación con su solicitud, adjuntamos a esta comunicación los estados financieros auditados de GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, GTECH COLOMBIA TDA y GTECH COMUNICACIONES LTDA para los años 2012 y 2013. Lo anterior teniendo en cuenta que se trata de información pública que se encuentra registrada en la Superintendencia de Sociedades y la Cámara de Comercio de Bogotá..."

5.4.4.7. El 3 de mayo de 2013 y con el ánimo de avanzar en la negociación sobre el valor a pagar por el uso del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar y para la prestación de servicios comerciales, COLJUEGOS le pidió a GTECH S.A.S. enviar algunos de los acuerdos celebrados con sus "socios comerciales":

"...A fin de avanzar en la negociación relativa a la fijación del valor a reconocer a COLJUEGOS por el uso comercial del Sistema, de manera atenta le solicito enviarnos algunos de los acuerdos suscritos con sus socios comerciales para dicho uso, por ejemplo con Codensa, Falabella, Comcel, Direc TV, entre otros, y cualquier otra información que resulte relevante para conocer en mayor detalle esta operación."

5.4.4.8. La respuesta de GTECH S.A.S., de 18 de julio de 2013 fue negativa por cuanto no había sido quien suscribió esos contratos:

"Respetuosamente manifestamos que los contratos mencionados por su Ud., en la comunicación de la referencia, no han sido suscritos GTECH S.A.S. y en esa medida, no es posible entregar copia de los mismos."

5.4.4.9. En similares términos fue la respuesta de 5 de julio de 2013, en relación con el contrato celebrado por la concesionario para la venta del juego Baloto:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"X. Frente al numeral 11 "copias del contrato de colaboración empresarial celebrados entre Gtech SAS y Gelsa para la venta del juego novedoso Baloto

"En relación al contrato contratos mencionados por UD., este fue suscrito por una de las empresas del grupo diferente a Gtech S.A.S. y toda vez que está sujeto a confidencialidad no es posible remitir copia del mismo."

5.4.4.10. Por otra parte debe tenerse en cuenta que GTECH FOREIGN FOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, y GTECH COMUNICACIONES LTDA integraron junto con GTECH GLOBAL SERVICES COPORATION LIMITED la promesa de sociedad futura que dio lugar a la constitución de GTECH S.A.S., y por tanto son solidariamente responsables frente a la ejecución del contrato 887 de 2011 en los términos del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, de manera que no podía negarse el acceso a la información solicitada.

5.4.4.11. En respuesta COLJUEGOS insistió en el requerimiento de información. Para el efecto envió comunicación a GTECH S.A.S, en los siguientes términos:

"Es preciso señalar que tanto los derechos como las obligaciones surgidas en virtud del contrato de concesión recaen en cabeza del concesionario, por tanto, si bien GTECH S.A.S. puede contratar con terceros la ejecución de ciertas actividades, es esa sociedad la responsable y obligada ante Coljuegos y por tanto, no puede anteponer al cumplimiento de sus obligaciones la existencia de contratos con particulares, argumentando la inclusión de cláusulas de confidencialidad en dichos contratos, o de cualquier otra que impida a Coljuegos como administrador del monopolio el acceso a información que la entidad considere relevante, toda vez que éstas le son inoponibles.

En virtud de lo anterior, Coljuegos de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con los literales c) y d) del artículo 43 de la Ley 643 de 2001 y en lo dispuesto en los literales k), r) y y) de la cláusula sexta del contrato de concesión 887 de 2011, solicita a GTECH SAS en su calidad de CONCESIONARIO, responsable de la operación del juego novedoso Loto en Línea – BALOTO y la debida utilización del Sistema para el desarrollo de este juego y la comercialización de las demás actividades permitidas en el Contrato, la siguiente información respecto a cada uno de los juegos de azar (diferentes al loto en línea Baloto) y cada uno de los servicios que se comercializan a través del sistema.

a. el análisis realizado por GTECH SAS en donde verifica que el juego o servicio comercial es susceptible de ser comercializado a través del sistema de explotación y operación del loto en línea Baloto así como los posibles riesgos o eventualidades que podrían incidir en la operación del loto en línea Baloto.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

b. Período durante el que se lleva comercializando (o se comercializó, si el caso) cada juego y cada servicio comercial..."

5.4.4.12. El 11 de septiembre de 2014, el Interventor del contrato envió comunicación a GTECH S.A.S. en la que insiste en la solicitud de información:

"Reiteramos la siguiente solicitud, la cual se radicó en sus instalaciones el día 14 de agosto, ...

"1. Información donde se evidencie para la concesión 887 de 2011 el histórico relacionado con el uso de la red de COLJUEGOS en otros servicios comerciales y otros juegos de suerte y azar diferentes a Baloto Revancha, tales como:

- Pagos recibidos por estos conceptos "otros servicios comerciales"*
- Pagos recibidos por otros conceptos "otros juegos de suerte y azar"*
- Estudios del mercado realizados por el operador*
- Detalle e identificación de los servicios comerciales juegos de suerte y azar*
- Tratamiento y uso de la marca por parte de terceros en estos "otros servicios"..."*

5.4.4.13. No ha tenido en cuenta la concesionaria que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al conceptuar sobre el contrato 117-99 dijo a propósito de las labores de vigilancia y control que conciernen a la entidad concedente que "...Olvida el concesionario que al definir el contrato de concesión la Ley 80 de 1993, señala que las actividades necesarias par la adecuada explotación del bien se efectúan bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente ..."⁴⁵

5.5. Del grupo GTECH y las relaciones negociales entre las integrantes del grupo para la operación del juego Loto en Línea Baloto y para la operación de otros juegos y servicios comerciales a través del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS

5.5.1. Según anotaciones de que dan cuenta los certificados de existencia y representación legal de las sociedades Gtech S.A.S., Gtech Colombia Ltda, Gtech Comunicaciones Ltda y Gtech Foreign Holdings Corporation Sucursal Colombia, expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, se comunicó la configuración de un grupo empresarial donde Gtech Corporation —sociedad extranjera— es la matriz y Gtech Colombia Ltda, Gtech Comunicaciones Colombia Ltda , Gtech Foreign Holdings Corporation Sucursal Colombia, y Gtech S.A.S. forman parte del grupo empresarial, por ser estas últimas subordinadas de esa matriz.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1299.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

5.5.2. La sociedad extranjera Gtech Corporation (matriz) comunicó que ejerce situación de control de manera indirecta sobre Gtech S.A.S. y sobre la sociedad Gtech Colombia Ltda (subsidiarias) a través de la sociedad extranjera Gtech Global Services Corporation. De igual manera la matriz informó que entre dichas sociedades se configura grupo empresarial. Así consta en el certificado de existencia y representación de Gtech S.A.S., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

5.5.3. La promesa de sociedad futura GTECH S.A.S. estuvo conformada por tres de las sociedades que pertenecen al grupo GTECH esto es por: GTECH COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA (GTECH COMUNICACIONES), GTECH GLOBAL SERVICES COPORATION LIMITED (GTECH GLOBAL) y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION-SUCURSAL COLOMBIA (GTECH COLOMBIA)

5.5.4. Adjudicado el contrato las promitentes constituyeron la sociedad GTECH S.A.S. mediante documento privado de asamblea de accionistas de 9 de junio de 2011, inscrita el 10 de junio de 2011 bajo el número 01486834 del libro IX, según certificado expedido por la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, con el exclusivo objeto social de "suscribir y ejecutar el contrato de concesión al que se refiere la licitación pública No. 001 de 2011 abierta por la empresa territorial para la salud, Etesa en liquidación, para la adjudicación de un (1) contrato de concesión cuyo objeto será la concesión de la explotación y operación en todo el territorio nacional, con exclusividad, del juego de suerte y azar sistematizado, en línea y tiempo real tipo novedoso denominado loto en línea Baloto. .."

5.5.5. GTECH S.A.S. en comunicación de 9 de octubre de 2013 y en respuesta negativa a requerimiento de información formulado por COLJUEGOS puso de presente que subcontrató algunas actividades propias de la ejecución del contrato 887 de 2011 con GTECH FOREIGN HOLDINGS COPORATION SUCURSAL COLOMBIA

"1. Se solicita copia de los contratos suscritos por GTECH con los proveedores que suministran el servicio de transmisión de información asociada a ventas.

Respuesta. Respetuosamente le informamos que GTECH SAS actualmente, y desde el inicio de la ejecución del contrato 887 de 2011 ("el contrato"), no ha suscrito ningún contrato de los solicitados en su comunicación.

"Como es de conocimiento de ustedes, desde el inicio de la Etapa Operativa del contrato y en cumplimiento de lo establecido en dicho contrato⁴⁶ GTECH SAS ha subcontratado con terceros algunas actividades necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones. Tal como se informó a Coljuegos al momento de la iniciación de la Etapa Operativa, GTECH SAS obtuvo la autorización de GTECH FOREIGN HOLDINGS COPORATION

⁴⁶ Al respecto ver cláusula vigésima sexta del contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

SUCURSAL COLOMBIA (antigua concesionaria de Baloto) para utilizar la totalidad de la red comercial de puntos de venta por un plazo de sesenta meses.

"Adicionalmente, una vez entregado el Sistema a GTECH SAS en desarrollo del contrato, esta compañía procedió a contratar algunos de los servicios necesarios para su operación con GTECH FOREIGN HOLDINGS COPORATION, que cuenta con la experiencia, conocimiento e infraestructura indispensables para prestar dichos servicios. En efecto, el 1 de julio de 2012, GTECH SAS y GTECH FOREIGN HOLDINGS COPORATION SUCURSAL COLOMBIA suscribieron el "contrato de prestación de servicios de Back-office y otros" para la prestación de servicios que específicamente se detallan en dicho contrato

"Adjuntamos copia de este contrato a la presente comunicación pues consideramos que puede contribuir a responder la solicitud por ustedes planteada.

"En relación con el contenido y condiciones de este contrato, respetuosamente solicitamos mantener la absoluta confidencialidad del mismo, pues contiene información comercial vital de las actividades y negocios de las mencionadas empresas

"2. Se solicita copia de los contratos suscritos por GTECH con compañías que agrupen varios puntos de venta.

"Respuesta: Como se mencionó en la respuesta anterior, GTECH SAS fue autorizado por GTECH FOREIGN HOLDINGS COPORATION SUCURSAL COLOMBIA, mediante contrato de "arrendamiento y manejo comercial para la Red del Loto en Línea —BALOTO—", para usar la totalidad de su red comercial. Copia de este contrato, único suscrito por GTECH SAS para la comercialización del Baloto, se adjunta a la presente comunicación.

"...3. Se solicita copia del contrato suscrito por el proveedor que aloja el centro de cómputo alterno ubicado en el municipio de Siberia – Cundinamarca.

"Respuesta: GTECH SAS no tiene ningún contrato firmado del tipo que usted nos solicitan como se mencionó en la respuesta 1 anterior, los servicios correspondientes a su inquietud fueron contratados integralmente con GTECH FOREIGN HOLDINGS COPORATION SUCURSAL COLOMBIA.

5.5.6. GTECH S.A.S. celebró contrato de prestación de servicios de back-office y otros con GTECH FOREIGN HOLDINGS COPORATION SUCURSAL COLOMBIA el 1 de julio de 2012, el cual refleja que además otra integrante del grupo: Gtech Comunicaciones Colombia Ltda, participaba de algunas actividades relacionadas con la operación del sistema:

"CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: por medio del presente Contrato la Sucursal prestará a GTECH los siguientes servicios que se describen a continuación (los "servicios"):

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

- "1. Operar el sistema del juego Baloto*
- "2. Proveer el mantenimiento y reparación a las terminales donde se corre el juego Baloto.*
- "3. Proveer los servicios de comunicaciones entre las terminales y sistema central para poder procesar las transacciones del juego Baloto.*
- "4. Administrar el encargo fiduciario de Baloto.*
- "5. Realizar el sorteo y escrutinio de Baloto*
- "6. Diseñar y ejecutar estrategias de comercialización del producto Baloto.*
- "7. Realizar el control y cobro de la cartera de Baloto con los Puntos de Venta.*
- "8. Suministrar el Call Center para atender al consumidor final y a los Puntos de Venta.*
- "...CLAUSULA CUARTA. REMUNERACIÓN: la remuneración de los servicios objeto del Contrato será la suma que resulte del valor cancelado a GTECH Comunicaciones Colombia Ltda. por parte de la Sucursal, valor al que se le adicionará el 11% de utilidad y el respectivo IVA.*
- "...CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: PROPIEDAD DEL SOFTWARE Y EQUIPOS. Para todos los efectos de este Contrato, la Sucursal reconoce a GTECH como concesionario autorizado por Coljuegos para la operación y explotación del Baloto. En consecuencia la Sucursal reconoce como propietario del Sistema Central de datos a Coljuegos, así como de algunas de las terminales en poder de GTECH y que forma parte del objeto del contrato, así como la existencia de terminales que también son de propiedad de Gtech..."*

5.5.7. Según documento entregado por GTECH S.A.S., entre esa sociedad y la sociedad GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA propietaria de una red comercial de ventas, también se celebró el 19 de abril de 2012 el contrato de arrendamiento de esa red para la venta de Baloto a través de la misma:

- "3. GTECH cuenta con una infraestructura y tecnología integrada entre otros por: (i) los sistemas de procesamiento de datos de propiedad de Coljuegos (el "sistema Central de Coljuegos") o cualquier otro sistema alternativo de procesamiento de datos de propiedad de GTECH o de cualquiera de sus vinculadas, cuya interconexión con los terminales se realizará a través de la red de telecomunicaciones de propiedad de y/o contratada por GTECH, y (ii) terminales de propiedad de GTECH o de compañías relacionadas con GTECH o de propiedad de Coljuegos.*
- "4. La Sucursal cuenta con una red comercial de ventas a nivel nacional de su propiedad por haberla gestionado directamente y que actualmente mantiene y amplía regularmente, integrada por punto de venta ("PDV") y terminales de su propiedad o de terceros (la "Red de Comercialización").*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"5. GTECH requiere para cumplir con el objeto del contrato de concesión de Baloto necesita expandir su portafolio de PDV y para este fin desea contratar a la Sucursal para que le permita usar su Red de Comercialización

ACUERDAN:

"CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: Por medio del presente Contrato la Sucursal arrendará a GTECH su Red Comercial la cual a la fecha de celebración de este Contrato está integrada mínimo por 9.000 terminales en PDV, así como a permitirle el uso de cualquier PDV adicional que de tiempo en tiempo por su gestión comercial entre a formar parte de dicha Red Comercial. De la misma manera, la Sucursal se obliga a que durante toda la vigencia de este Contrato, de manera permanente gestionará la ampliación de dicha Red Comercial, para lo que se compromete a realizar sus mejores esfuerzos para tal fin, así como llevar a cabo las gestiones, bajo su cuenta y riesgo, que debido a su experiencia sean requeridas para mantener los PDV que integran la actual Red Comercial y permitan instalación de terminales y venta del Baloto.

Parágrafo: para todos los efectos de este Contrato, GTECH reconoce a la sucursal como la propietaria de su Red Comercial, por lo que durante la vigencia del mismo se obliga a no llevar a cabo gestión alguna que directa o indirectamente tenga por finalidad que tales PDV celebren contratos directamente con GTECH sin la participación de la Sucursal. En todo caso, la instalación y la adecuación de los PDV en donde funcionaran las terminales estarán a cargo de GTECH

"CLÁUSULA SEGUNDA.- OBLIGACIONES DE GTECH: GTECH se obliga además a:

"(i) Aceptar y ocupar los PDV que sean contratados por la Sucursal que hayan cumplido las características definidas por GTECH

"(ii) Realizar la instalación, adecuación y reubicación de los PDV, mediante la instalación de los terminales para comercializar Baloto, de manera coordinada con GTECH S.A.S. y la Sucursal. GTECH se reserva el derecho de cobrar por la instalación, adecuación y reubicación de los PDV a los propietarios de los PDVs.

"(iii) Suministrar a la Sucursal toda la información que ésta necesita para llevar a cabo la venta de Baloto en la Red Comercial, así como prestar toda la colaboración que sea necesaria para efectos de que la venta de Baloto se lleve a cabo de manera ininterrumpida.

"CLÁUSULA TERCERA.- OBLIGACIONES DE LA SUCURSAL: ..

(ii) poner a disposición de GTECH todos los PDV que integren actualmente y en el futuro su Red Comercial y llevar a cabo todas las gestiones que sean necesarias para que en la misma se venda el Baloto.

(iii) obtener de los propietarios de los PDV las autorizaciones que sean necesarias para la instalación de terminales y demás equipos tecnológicos que sean necesarios para explotación del Baloto.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

(iv) Gestionar y suscribir con los propietarios o tenedores de los PDV y en nombre de GTECH, los contratos en los cuales operaran terminales de Coljuegos

"...(vi) Coordinar y gestionar las visitas de inspección a los PDV que deba realizar GTECH a fin de que pueda verificar el estado de los mismos y de la conservación de los equipos de su propiedad o de Coljuegos.

(vii) Suministrar a GTECH la información que esta requiera de la operación de la Red Comercial o de los PDV

"CLÁUSULA CUARTA.- REMUNERACIÓN: la remuneración mensual de la Sucursal será una suma de dinero equivalente al siete punto sesenta y ocho por ciento (7,68%) de la Ventas Bruta de Baloto en la Red Comercial, después de descontado el IVA. Por ventas brutas deberá entenderse el valor total de las ventas del juego Baloto en la Red Comercial excluido el IVA.

"... CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: PROPIEDAD DEL SOFTWARE Y EQUIPOS. La sucursal expresamente reconoce que los equipos que se instalarán en los PDV de la Red Comercial son de propiedad de GTECH o de Coljuegos o de Terceros. Igualmente, expresamente reconoce que el software y programas que hacen parte del sistema de procesamiento de datos es de propiedad de Coljuegos.

5.5.8. Después de muchos requerimiento GTECH S.A.S. entregó a COLJUEGOS un contrato fechado el 1 de junio de 2014, celebrado entre GTECH S.A.S. y GTECH FOREING HOLDINGS CORPORATION Sucursal Colombia, cuyo objeto consiste en que GTECH S.A.S. entregue a la otra contratante en arrendamiento el uso parcial del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS:

"CLÁUSULA PRIMERO.- OBJETO: Por medio del presente Contrato GTECH da en arrendamiento el uso parcial de la Infraestructura para que ésta explote en ella, directa o indirectamente, (i) juegos de suerte y azar que considere, diferentes a Baloto – tales como per sin limitarse a loterías, apuestas permanentes en tiempo real (chance) ("los juegos") y (ii) explote los servicios comerciales de cualquier naturaleza y que sean compatibles con la misma, tales como pero sin limitarse a la comercialización de recargas de telefonía celular y de pines, giros, prestación del servicio de corresponsalía de cualquier naturaleza (los "servicios comerciales")

5.5.9. Dentro de los antecedentes de ese contrato se admite que durante todo el tiempo de ejecución del contrato 887 de 2011, GTECH S.A.S. ha permitido a GTECH FOREING HOLDING CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA, usar el sistema de propiedad de COLJUEGOS para la operación de otros juegos y para la prestación de servicios comerciales y que apenas con ocasión de ese contrato, se formalizó el pago a reconocer a la concesionaria por el uso del SISTEMA:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"5. Desde la celebración del contrato de Concesión de Baloto, de manera continua e ininterrumpida, la Sucursal con autorización de GTECH hace uso de la Infraestructura directa e indirectamente para la explotación de otros Juegos (como dicho término se define mas adelante) diferentes de Baloto, así como la explotación de servicios comerciales (como dicho término se define más adelante)..."

5.5.10. GTECH S.A.S. ha opuesto a COLJUEGOS la confidencialidad pactada en esos contratos con el propósito de justificar la negativa a suministrar la información que se le ha requerido sobre el uso del SISTEMA tanto para la operación del juego BALOTO como para la operación de otros juegos de suerte y azar y para la prestación de servicios comerciales, desconociendo que tal confidencialidad no es oponible a COLJUEGOS en la medida en que tales contratos fueron celebrados con la sociedad GTECH FOREIGN HOLDINGS COPORATION SUCURSAL COLOMBIA integrante de la promesa de sociedad futura GTECH S.A.S. y por tanto solidariamente responsable por la ejecución del contrato 887 de 2011".

3.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Tal como se indicó anteriormente, IGT Games S.A.S. contestó oportunamente el escrito introductorio, dio respuesta a cada uno de los hechos de la demanda, solicitó la práctica de pruebas, objetó el juramento estimatorio y con el fin de enervar las pretensiones de la demanda formuló las excepciones de mérito que a continuación se relacionan:

- 1. Cumplimiento del Contrato por parte de IGT.*
- 2. Inexistencia de daño.*
- 3. La fijación del monto a reconocer a la concedente por el uso del sistema para operar y explotar otros juegos de suerte y azar debe atender parámetros distintos a los tenidos en cuenta por la concedente.*
- 4. Inexistencia de solidaridad legal o contractual entre IGT y las sociedades constituyentes.*
- 5. Improcedencia de reconocimiento de intereses.*
- 6. Buena fe de IGT.*
- 7. Excepción innominada o générica.*

4.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.

Las pretensiones de la demanda de reconvencción reformada son las siguientes:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"PRIMER GRUPO: PRETENSIONES PRINCIPALES.

"PRIMERA: Declarar que **IGT - SAS** y **COLJUEGOS** no han llegado a un acuerdo sobre forma y cuantía para calcular "los gastos que por utilización de la Red" que aquella le debe pagar a **COLJUEGOS** por el ejercicio del derecho otorgado mediante el Contrato de Concesión 887 de 2011 a usar el **Sistema** para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar diferentes a BALOTO.

"SEGUNDA: DECLARAR que en la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración que **IGT-SAS** debe reconocer y pagar a **COLJUEGOS**, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de **COLJUEGOS**, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el **Sistema** por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, deben atenderse a parámetros reales de mercado para casos similares o análogos.

"TERCERA: DECLARAR que en la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración que **IGT-SAS** debe reconocer y pagar a **COLJUEGOS**, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de **COLJUEGOS**, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el **Sistema** por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, deben atenderse únicamente los elementos entregados que eran de propiedad de **COLJUEGOS** como integrantes del **Sistema** concesionado, en especial las 4.994 terminales.

"CUARTA: DECLARAR que en la formula o parámetros para fijar la remuneración que **IGT-SAS** debe reconocer y pagar a **COLJUEGOS**, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de **COLJUEGOS**, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el **Sistema** por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, deben tomarse en consideración los ingresos reales (ingresos por comisión por transacciones e ingresos con descuento de la comisión pagada al punto de venta (PDV)) percibidos por **IGT-SAS** y/o las otras sociedades IGT que usaron el **Sistema**, y no los ingresos brutos.

"QUINTA: DECLARAR que en la formula o parámetros para fijar la remuneración que **IGT-SAS** debe reconocer y pagar a **COLJUEGOS**, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de **COLJUEGOS**, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el **Sistema** por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, no debe ser tenida en cuenta la operación y explotación del juego de suerte y azar denominado "SUPERASTRO" porque la operación y explotación de este juego ya era remunerada por el concesionario,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*CORREDOR EMPRESARIAL S.A., y el mismo dejó de ser comercializado por **IGT-SAS**, a través del **Sistema**, desde el 24 de abril de 2015.*

"SEXTA: *Cón base en las declaraciones que se pronuncien sobre las tres pretensiones anteriores, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, y demás bases, parámetros o porcentajes que se sirva tomar en consideración para liquidar, fije el monto o valor de "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de **COLJUEGOS**, o remuneración que **IGT-SAS** debe pagar a **COLJUEGOS** por el ejercicio del derecho a usar el **Sistema** para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, calculados desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día 19 de abril de 2017, fecha en que terminó el Contrato.*

"SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRINCIPAL: *Atendiendo a las declaraciones que se produzcan respecto a las pretensiones SEGUNDA TERCERA y CUARTA principales, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, establezca las demás bases, parámetros o porcentajes que deben tomarse en consideración para liquidar "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de **COLJUEGOS** o remuneración que **IGT-SAS** debe pagar a **COLJUEGOS** por el ejercicio del derecho a usar el **Sistema** para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día 19 de abril de 2017, fecha en que terminó el Contrato, y fije la fórmula correspondiente.*

"SÉPTIMA: *DECLARAR que **IGT-SAS** no está obligada a reconocer o pagar a **COLJUEGOS** por "los gastos que por utilización de la Red" por el ejercicio del derecho a usar el **Sistema** para la prestación de servicios comerciales, una suma adicional a la que paga por concepto de "VALOR DEL CONTRATO" fijado en la cláusula QUINTA del Contrato de Concesión 887 de 2011.*

"PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: *DECLARAR que en la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración que **IGT-SAS** debe reconocer y pagar a **COLJUEGOS**, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de **COLJUEGOS**, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el **Sistema** por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de servicios comerciales, deben atenderse a parámetros reales de mercado para casos similares o análogos.*

"SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: *DECLARAR que en la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración que **IGT-SAS** debe reconocer y pagar a **COLJUEGOS**, por concepto de "gastos*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*que por utilización de la Red” de propiedad de **COLJUEGOS**, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el **Sistema** por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de servicios comerciales, deben atenderse únicamente los elementos entregados que eran de propiedad de **COLJUEGOS** como integrantes del **Sistema** concesionado, en especial las 4.994 terminales.*

"TERCERA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: DECLARAR que en la fórmula o parámetros para fijar la remuneración que **IGT-SAS** debe reconocer y pagar a **COLJUEGOS**, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de **COLJUEGOS**, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el **Sistema** por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de servicios comerciales, deben tomarse en consideración los ingresos reales (ingresos por comisión por transacciones) percibidos por **IGT-SAS** y/o las otras sociedades IGT que usaron el **Sistema**, y no los ingresos brutos.

"CUARTA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: Con base en las declaraciones que se pronuncien sobre las tres pretensiones anteriores, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, y demás bases, parámetros o porcentajes que se sirva tomar en consideración para liquidar, **fije el monto o valor** de "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de **COLJUEGOS**, o remuneración que **IGT-SAS** debe pagar a **COLJUEGOS** por el ejercicio del derecho a usar el **Sistema** para la operación y explotación de servicios comerciales, calculados desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día 19 de abril de 2017, fecha en que terminó el Contrato.

"SUBSIDIARIA DE LA CUARTA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: Atendiendo a las declaraciones que se produzcan respecto a las pretensiones SEGUNDA TERCERA y CUARTA principales, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, **establezca las demás bases, parámetros o porcentajes** que deben tomarse en consideración para liquidar "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de **COLJUEGOS** o remuneración que **IGT-SAS** debe pagar a **COLJUEGOS** por el ejercicio del derecho a usar el **Sistema** para la operación y explotación de servicios comerciales, desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día 19 de abril de 2017, fecha en que terminó el Contrato, y **fije la fórmula** correspondiente.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"OCTAVA: Condénese a **COLJUEGOS** al pago de las costas del proceso.

**B. [S]EGUNDO GRUPO: PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DEL
PRIMERO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES.**

"PRIMERA: Declarar que **IGT - SAS** y **COLJUEGOS** no han llegado a un acuerdo sobre forma y cuantía para calcular "los gastos que por utilización de la Red" que **IGT - SAS** le debe pagar a **COLJUEGOS** por el ejercicio del derecho otorgado mediante el Contrato de Concesión 887 de 2011 a usar el SISTEMA para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar diferentes a BALOTO.

"SEGUNDA: DECLARAR que en la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración que **IGT - SAS** debe reconocer y pagar a **COLJUEGOS**, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el SISTEMA por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, deben atenderse parámetros actuales del mercado, casos similares o análogos y los ingresos netos percibidos por **IGT - SAS** o los terceros que usan el sistema, limitándose a 4.994 terminales que forman parte del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS.

"TERCERA: Como consecuencia de la anterior declaración, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, fije el monto o valor de "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, o remuneración que **IGT - SAS** debe pagar a **COLJUEGOS** por el ejercicio del derecho a usar el SISTEMA para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, calculados desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día en que termine el contrato o se pronuncie el laudo, lo que ocurra primero.

"TERCERA SUBSIDIARIA: como consecuencia de la anterior declaración, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, establezca las bases, parámetros o porcentajes que deben tomarse en consideración para liquidar "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS o remuneración que **IGT - SAS** debe pagar a **COLJUEGOS** por el ejercicio del derecho a usar el SISTEMA para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día en que termine el contrato o se pronuncie el laudo, lo que ocurra primero, limitándose a 4.994 terminales que forman parte del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS.

"CUARTA: DECLARAR que **IGT - SAS** no está obligada a reconocer o pagar a COLJUEGOS por "los gastos que por utilización de la Red" por el ejercicio del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

derecho a usar el SISTEMA para la prestación de servicios comerciales, una suma adicional a la que paga por concepto de "VALOR DEL CONTRATO" fijado en la cláusula QUINTA del Contrato de Concesión 887 de 2011.

"CUARTA SUBSIDIARIA: *En subsidio de la anterior declaración, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, fije "los gastos que por utilización de la Red" o remuneración que IGT debe pagar a COLJUEGOS por el ejercicio del derecho a usar el SISTEMA para la prestación de servicios comerciales, adicional a la que paga por concepto de "VALOR DEL CONTRATO", calculados desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día en que termine el contrato o se pronuncie el laudo, lo que ocurra primero, limitándose a 4.994 terminales que forman parte del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS.*

"QUINTA: *Condénese a COLJUEGOS al pago de las costas del proceso."*

5.- LOS HECHOS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Los hechos de la demanda de reconvencción que sirven de fundamento a las pretensiones son los siguientes:

"LA ETAPA PRECONTRACTUAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 887 DE 2011 SUSCRITO ENTRE IGT-SAS Y ETESA (AHORA COLJUEGOS).

1. *El 24 de enero de 2011 la Empresa Territorial para la Salud en Liquidación – ETESA (hoy **COLJUEGOS**) publicó el Proyecto de Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 2011 (en adelante el "Proyecto"). En la introducción del referido documento la **CONCEDENTE** describió el objeto en punto a la explotación del juego Loto en Línea Baloto:*

*"Este pliego de condiciones está dirigido a todas las personas jurídicas, nacionales o extranjeras que se encuentren interesadas en participar en el proceso de licitación pública que **tiene por objeto seleccionar el CONCESIONARIO que por su cuenta y riesgo realice, por un término improrrogable de cinco (05) años , la explotación del juego de suerte y azar, tipo novedoso, en línea y tiempo real, denominado LOTO EN LÍNEA- BALOTO,** en el que los apostadores participarán al realizar la apuesta y con la expedición del ticket por parte de la terminal autorizada, para lo cual, el sistema de apuestas por medio de terminales deberá funcionar en una plataforma informática en línea y tiempo real, cuya operación*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

cubrirá todo el territorio nacional."⁴⁷ (Subrayado y resaltado es nuestro)

2. En consonancia con dicha descripción, en el Capítulo I, numeral 1.1 del Proyecto, el **CONCEDENTE** precisó el objeto de la licitación así:

*"La EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD, ETESA EN LIQUIDACIÓN, quien en adelante se denominará indistintamente la entidad, **ETESA EN LIQUIDACIÓN o CONCEDENTE, está interesada en recibir propuestas para escoger el CONCESIONARIO que por su cuenta y riesgo se encargue por un término de cinco (5) años improrrogables, de la explotación del juego de suerte y azar, tipo novedoso, denominado LOTO EN LÍNEA BALOTO, cuya operación cubrirá todo el territorio nacional.** La concesión se formalizará con la suscripción de un contrato estatal de concesión en los términos fijados en la Ley 643 del 2001, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, sus decretos reglamentarios y la Ley 1393 de 2010, sujetándose en cuanto a las reglas del juego al Acuerdo 054 de 2010, proferido por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar."*⁴⁸ (Subrayado y resaltado fuera de texto)

3. El concesionario al que le fuera adjudicada la licitación recibiría de parte de ETESA EN LIQUIDACIÓN (hoy **COLJUEGOS**) los "elementos que componen el sistema de apuestas en línea para el juego Loto en Línea-Baloto" revertidos por el anterior concesionario, para que el nuevo concesionario continuara con la operación y explotación del juego de suerte y azar tipo novedoso, sistematizado, en línea y tiempo real, denominado Loto en Línea – BALOTO. ETESA EN LIQUIDACIÓN dispuso lo siguiente en relación con el hardware, software, comunicaciones y otros que hacen parte del sistema (en adelante el "**Sistema**"):

"La Empresa Territorial para la Salud, ETESA EN LIQUIDACIÓN, de acuerdo con los términos del contrato C-177 firmado el 22 de diciembre de 1999, y a las condiciones definidas por la Ley, ha recibido como parte del proceso de reversión los elementos que componen el sistema de apuestas en línea para el juego Loto en Línea - BALOTO, diseñado e instalado por el actual CONCESIONARIO, el cual ha operado durante los últimos 10 años.

"Estos elementos deberán ser recibidos y utilizados por el CONCESIONARIO que sea seleccionado producto de la presente Licitación Pública, para continuar con la operación

⁴⁷ Proyecto de Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 2011, INTRODUCCIÓN, página 1.

⁴⁸ Proyecto de Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 2011, Capítulo I, 1.1 OBJETO DE LA LICITACIÓN, página 2.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

y mantenimiento de la plataforma tecnológica, requerida para la explotación del juego Loto en Línea.

"El listado de elementos que componen el Sistema a recibir y operar, se encuentra descrito más adelante en la sección "ELEMENTOS DEL SISTEMA QUE REVIRTIÓ", las consideraciones de operación y mantenimiento de dicho Sistema se encuentra en el acápite "OPERACIÓN DEL SISTEMA QUE REVIRTIÓ"
⁴⁹ (Subrayado y resaltado fuera de texto)⁵⁰

4. En cuanto a la situación del **Sistema** para la época, ETESA EN LIQUIDACIÓN (hoy **COLJUEGOS**) determinó que estaba compuesto por 4.994 terminales equivalentes a un 100% de la red de distribución⁵¹.
5. El 14 de febrero de 2011, ETESA EN LIQUIDACIÓN (hoy **COLJUEGOS**) publicó el segundo Proyecto de Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 2011 (en adelante el "Segundo Proyecto"), que preservó las disposiciones y condiciones ya relacionadas en los numerales anteriores y solo presentó modificaciones respecto del cronograma del proceso de licitación.
6. El 2 de marzo de 2011 ETESA EN LIQUIDACIÓN (hoy **COLJUEGOS**) publicó el Pliego Definitivo de Condiciones de la Licitación Pública 001 – 2011 (en adelante el "Pliego de Condiciones"), que preservó las disposiciones y condiciones ya relacionadas en los numerales anteriores.
7. En el numeral 2.2. del Pliego Definitivo de Condiciones, **COLJUEGOS** señaló lo siguiente en relación con el **Sistema**:

**"2.2 EXIGENCIAS MÍNIMAS EN MATERIA DE RED DE MERCADEO
"ETESA EN LIQUIDACIÓN exige como condición mínima, que el CONCESIONARIO debe cumplir en materia de red de mercadeo al momento de iniciar la operación, con CUATRO MIL NOVECINETAS NOVENTA Y CUATRO (4.994) puntos de venta distribuidos a lo largo y ancho del territorio nacional colombiano y, especialmente, en los departamentos y municipios en los que actualmente se comercializa el juego LOTO EN LÍNEA. Cada punto de venta debe estar dotado con una terminal conectada en línea y tiempo real con el sistema central.
(...)"**

⁴⁹ Proyecto de Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 2011, página 46.

⁵⁰ Cfr. Los elementos del Sistema se encontraban detallados en el numeral 3.5. ELEMENTOS DEL SISTEMA QUE REVIRTIÓ, páginas 76 a 82.

⁵¹ Proyecto de Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. 001 de 2011, numeral 3.1.1. Red de distribución, página 47.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"Igualmente, será permitido al CONCESIONARIO poder hacer uso de redes tecnológicas de propiedad de terceros siempre y cuando demuestre la tenencia legal de ellas en el mercado colombiano y que se encuentren en condiciones de operar el juego de acuerdo con los requerimientos técnicos señalados en el pliego de condiciones y el anexo técnico, así mismo el oferente debe presentar al menos una promesa irrevocable de contrato de uso de red condicionada a que tenga lugar la adjudicación del contrato suscrita ante notario.

***"Cabe resaltar que la cobertura de cuatro mil novecientas noventa y cuatro (4.994) terminales corresponde a la red que entrega ETESA EN LIQUIDACIÓN al adjudicatario para la operación del juego, las cuales son de su propiedad."**⁵²
(Subrayado y resaltado es nuestro)*

8. *Por otra parte, en el capítulo 3.5 del Pliego de Condiciones Definitivo, denominado "ELEMENTOS DEL SISTEMA QUE REVIRTIÓ", COLJUEGOS determinó y detalló "los elementos que hacen parte del sistema que será entregado como plataforma tecnológica para soportar la operación y comercialización del juego Loto en Línea"⁵³.*
9. *El 3 de junio de 2011 ETESA EN LIQUIDACIÓN llevó a cabo la audiencia de adjudicación de la Licitación Pública 001 de 2011 y mediante Resolución No. 0731, ETESA EN LIQUIDACIÓN adjudicó formalmente la Licitación Publica 001 de 2011 a la **CONVOCADA**.*
- A. LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 887 DE 2011 ENTRE IGT-SAS Y ETESA EN LIQUIDACIÓN (AHORA COLJUEGOS).**
10. *El día 13 de junio de 2011 **IGT - SAS** y la CONCEDENTE celebraron el Contrato de Concesión 887 de 2011 para la operación y explotación del juego de suerte y azar tipo novedoso, sistematizado, en línea y tiempo real denominado Loto en Línea – BALOTO por un término de 60 meses contados a partir del 19 de abril de 2012⁵⁴ (en lo sucesivo "el Contrato").*
11. *En la cláusula SEGUNDA del **Contrato**, las partes consignaron la entrega formal al CONCESIONARIO del Sistema descrito en el Anexo 1 – Descripción del Sistema.*
12. *La cláusula SEXTA del **Contrato** estableció las siguientes obligaciones y derechos para el CONCESIONARIO:*

"b. Explotar y operar de conformidad con la ley, el reglamento y este contrato, por su cuenta, riesgo y bajo su única y exclusiva

⁵² Pliego Definitivo de Condiciones, Página 42 de 168.

⁵³ Pliego Definitivo de Condiciones, Página 81 y 82.

⁵⁴ Contrato de Concesión 887 de 2011, Cláusula Tercera.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*responsabilidad el juego LOTO EN LÍNEA - BALOTO. **ETESA EN LIQUIDACIÓN de manera expresa y escrita, en desarrollo de este contrato autoriza la utilización del Sistema por parte del CONCESIONARIO para la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA, así como para la operación y explotación de otros juegos o servicios comerciales, que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema.** En cuanto a ello, el CONCESIONARIO se obliga a mantener los bienes que son objeto de entrega para su uso en las condiciones bajo las cuales recibe, salvo por el desgaste por su uso normal;
(...)*

13. *La cláusula SÉPTIMA del **Contrato** estableció la siguiente autorización por parte de ETESA EN LIQUIDACIÓN en favor de la CONCESIONARIA:*

*"a) **ETESA EN LIQUIDACIÓN autoriza al EL CONTRATISTA la utilización del SISTEMA que revierte, para la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO y los demás juegos o servicios que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema,** tal como se regula en el presente contrato." (Subrayado y resaltado es nuestro)*

14. *En el Contrato la CONCEDENTE principalmente otorgó tres derechos a la CONCESIONARIA respecto al uso del SISTEMA, a saber: (i) operar y explotar el BALOTO; (ii) usar el SISTEMA para operar y explotar otros juegos de suerte y azar; y (iii) usar el SISTEMA para operar y explotar servicios comerciales.*
15. *Bajo la cláusula QUINTA del Contrato, las partes de mutuo acuerdo establecieron el "VALOR DEL CONTRATO", así como la forma y parámetros para su determinación, siendo este valor la contraprestación principal a favor de la CONCEDENTE, por todos los derechos otorgados a la CONCESIONARIA bajo el Contrato.*
16. *Además de pagar el "VALOR DEL CONTRATO", las partes expresamente convinieron que la CONCESIONARIA debía hacer un pago adicional por usar el uso del SISTEMA para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar. Dice la Cláusula Sexta, Literal ff.:*

"Solicitar y recibir autorización previa de ETESA EN LIQUIDACIÓN, antes de operar en la infraestructura de apuestas o terminales donde opera el LOTO EN LÍNEA, otros juegos de suerte y azar, para lo cual deberán acordar los gastos que por utilización de la Red le corresponderán a ETESA EN LIQUIDACIÓN." (Subrayado fuera de texto)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

17. *En la cláusula transcrita las Partes expresamente convinieron el único derecho por cuyo ejercicio la CONCESIONARIA debía hacer un pago adicional al "VALOR DEL CONTRATO", consistente en la utilización del SISTEMA para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar.*
18. *De conformidad con la Cláusula VIGÉSIMA SEXTA del **Contrato**, las partes convinieron que la **CONCESIONARIA** tenía el derecho a celebrar cualesquiera contratos para desarrollar algunas actividades. Dice así:*

*"VIGÉSIMA SEXTA: CESIÓN DEL CONTRATO Y SUBCONTRATOS. - El presente contrato es intuitu personae y por tanto, el CONCESIONARIO no podrá cederlo, en todo o en parte, sin la previa, expresa y escrita autorización de ETESA EN LIQUIDACIÓN. **EL CONSECIONARIO bajo su exclusiva y completa responsabilidad podrá celebrar subcontratos con empresas nacionales o extranjeras o desarrollar algunas de sus actividades.**" (Subrayado y resaltado fuera de texto)*

19. *El 18 de abril de 2012, los representantes legales de ETESA EN LIQUIDACIÓN e **IGT-SAS** y el interventor del **Contrato**, BDO AUDIT S.A., suscribieron el "ACTA DE CIERRE ETAPA PREOPERATIVA CONTRATO DE CONCESIÓN 887 DE 2011", en la cual consignaron, entre otras, la siguiente declaración:*

"5. A la fecha no se ha llegado a un acuerdo sobre el uso del sistema concesionado para fines diferentes a la explotación y operación del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO; circunstancia que podrá ser definida entre COLJUEGOS y GTECH S.A.S."
(Negrilla es nuestra)

20. *El 19 de abril de 2012 los representantes legales de ETESA EN LIQUIDACIÓN e **IGT-SAS** y el interventor del **Contrato**, BDO AUDIT S.A., suscribieron el "ACTA DE INICIO DE EJECUCIÓN CONTRATO DE CONCESIÓN 887 DE 2011" (en adelante el "Acta de Inicio"), que contiene la autorización expresa de **COLJUEGOS** para "la utilización del Sistema para la operación y explotación de otros juegos".*
21. *En los documentos anexos al Acta de Inicio, bajo el documento denominado "PROTOCOLO DE INICIO ETAPA OPERATIVA CONTRATO DE CONCESIÓN 887/2011", las partes dejaron constancia de los siguientes acuerdos respecto del **Sistema** y los derechos de **IGT-SAS** sobre el mismo:*

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

PROTOCOLO DE INICIO ETAPA OPERATIVA CONTRATO DE
CONCESION 887/2011

No	DESCRIPCIÓN	RESPONSABLE DEL PROCESO	PUNTO DE CONTROL	OBSERVACIONES	ACUERDOS
2	Recibo del Sistema	Coljuegos -Gtech S.A.S y BDO.	Descripción de los elementos que componen el Sistema, debidamente detallado, si se trata de Software o Hardware o las terminales que componen el mismo. (ver anexo Sistema).	Se parte del Sistema que fue ofertado por Gtech S.A.S	Se anexa a la presente Acta de inicio el listado de elementos que constituyen el Sistema descrito en los Pliegos de Condiciones, que de manera preliminar se considera el inventario inicial hasta tanto Etesa realice la entrega del inventario definitivo.
10	Autorización por parte de Coljuegos para operar en la infraestructura de apuestas o terminales donde opera el LOTO EN LINEA otros juegos de suerte y azar que no sean de su competencia.	Gtech S.A.S y Coljuegos	Según lo estipulado contractualmente se requiere acordar previo al inicio del contrato, los gastos que por utilización de la Red le corresponden a Coljuegos	Las partes deberán definir el porcentaje.	La autorización se incluye en el acta de inicio. Las partes acuerdan que la definición del porcentaje se hará con posterioridad al inicio del contrato, pero en todo caso su aplicación se hará desde la fecha de inicio del mismo.

22. El documento denominado "ANEXO SISTEMA LISTADO DE ELEMENTOS DEL SISTEMA" también anexo al Acta de Inicio, las partes detallaron los elementos de los cuales está compuesto y/o integrado en **Sistema**, restringiéndose el **Sistema** a los descritos allí. El anexo fijó una cantidad de 4.994 terminales de juego e hizo las siguientes presiones:

"Terminal Juego ISYS – Terminal en donde se realiza la venta del juego al cliente final. Posee: Impresora matriz de punto, pantalla LCD monocromática, lector óptico para validación de tiquetes, teclado de funciones de juego y teclado número. 3 puertos seriales. 1 MB Ram, 1 MB flash, 110 VAC-240VAC / 50-60Hz / 2-4 Amp."

23. Conforme el Contrato y el Acta de Inicio, las partes de mutuo acuerdo convinieron que **IGT - SAS** solo está obligada a reconocer a favor de COLJUEGOS "los gastos que por utilización de la Red" a título de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

remuneración por el uso del SISTEMA para la comercialización de otros juegos de suerte y azar.

24. *Así mismo, dentro del Contrato y el Acta de inicio, **IGT - SAS** y **COLJUEGOS** acordaron que llegarían a un convenio sobre "los gastos que por utilización de la Red" o remuneración que **IGT - SAS** debe pagar a **COLJUEGOS** por el ejercicio del derecho a usar el SISTEMA para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar durante la ejecución del Contrato.*
25. *El **Contrato** terminó por cumplimiento del plazo de su vigencia el pasado 19 de abril de 2017.*
26. *En relación con el juego de suerte y azar tipo novedoso SUPRASTRO, la **CONCEDENTE** ya estaba siendo remunerada por el concesionario a quien se le adjudicó la operación y explotación del citado juego⁵⁵. Este juego dejó de ser comercializado a través del **Sistema** desde el 24 de abril de 2015 (fecha de terminación del Contrato de Concesión 766 de 2010) y en efecto, no hay lugar al reconocimiento de suma adicional por dicho concepto.*
27. *Durante la ejecución del Contrato, **IGT - SAS** y **COLJUEGOS** no han logrado llegar a un acuerdo sobre la remuneración a reconocer a favor de **COLJUEGOS** por el uso del SISTEMA para la explotación y operación de otros juegos de suerte y azar.*
28. *La remuneración que **IGT-SAS** debe reconocer a favor de **COLJUEGOS** por el uso del **Sistema** para la explotación y operación de otros juegos de suerte y azar debe limitarse a las 4.994 terminales de que trata el **Contrato** y el Acta de Inicio y sus anexos, que adicionalmente fue un criterio reconocido por **COLJUEGOS** en la concesión del juego de suerte y azar "APUESTAS DE TIPO PARAMUTUAL EN EVENTOS DEPORTIVOS"⁵⁶*
- B. LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS ENTRE LAS PARTES CON OCASIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DISPUESTOS EN FAVOR DE IGT-SAS SOBRE EL SISTEMA CONFORME EL CONTRATO.**
29. *Durante la ejecución del **Contrato**, **IGT - SAS** y **COLJUEGOS** también tuvieron desencuentros en relación con (i) el derecho de **IGT - SAS** a*

⁵⁵ CONTRATO ESTATAL DE CONCESIÓN PARA LA OPERACIÓN DE UN JUEGO DE SUERTE Y AZAR SISTEMATIZADO, EN LÍNEA Y TIEMPO REAL TIPO NOVEDOSO DENOMINADO SUPRASTRO – NUMERO 766 DE 2010 suscrito entre ETESA EN LIQUIDACIÓN y CORREDOR EMPRESARIAL, con una duración de cinco (5) años contados desde el 24 de abril de 2010 hasta el 24 de abril de 2015.

⁵⁶ Comunicación del 28 de marzo de 2014 con radicado No. 20144100113141 de Coljuegos a GTECH S.A.S., con referencia: Repuesta a la comunicación GG-16139-14 con fecha del 13 de marzo de 2014, en la cual se formula solicitud de autorización. – Prueba No. 30 aportada con el escrito de contestación a la demanda de IGT GAMES S.A.S.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

*utilizar el **Sistema** para la prestación de servicios comerciales, (ii) el momento a partir del cual surgió o debía surgir ese derecho y (iii) si existía a cargo de **IGT – SAS** la obligación de remunerar a **COLJUEGOS** por ese concepto.*

30. *Ni en la cláusula QUINTA ni en otro aparte del Contrato las Partes convinieron que la CONCESIONARIA debía hacer un pago adicional al "VALOR DEL CONTRATO" por el uso del Sistema para la operación y explotación de "servicios comerciales" de que trata la cláusula SEXTA literal b.*
31. *En consecuencia, siendo el "VALOR DEL CONTRATO" el pago que remunera a la CONCEDENTE la totalidad de los derechos otorgados la CONCESIONARIA bajo el Contrato y considerando que las partes de mutuo acuerdo solamente convinieron hacer un pago adicional por el uso del SISTEMA por el ejercicio del derecho (ii), los derechos (i) y (iii) ya se encuentran remunerados dentro del "VALOR DEL CONTRATO" pues no existe pacto expreso en contrario de las partes sobre remuneración adicional para su ejercicio.*
32. *La anterior situación se aviene con lo ya sucedido en el Contrato de Concesión No. 851 de 2010, acuerdo de concesión del Baloto previo al **Contrato**, en donde IGTFHC y ETESA EN LIQUIDACIÓN acordaron lo siguiente en el PARÁGRAFO de la cláusula OCTAVA:*

"PARÁGRAFO: De conformidad con lo establecido en el literal b) de esta Cláusula Séptima, el Sistema de propiedad de ETESA podrá ser utilizado por el CONTRATISTA para otros juegos u otros servicios comerciales que puedan ser comercializados a través del Sistema, sin lugar a pago adicional a favor de ETESA por dicho concepto, pues las Partes reconocen que la correspondiente remuneración se encuentra incorporada en los Gastos de Administración que se causan a favor de ETESA. En ningún caso la utilización del Sistema antes descrita, podrá afectar el normal funcionamiento del juego denominado LOTO EN LINEA."⁵⁷
33. *Las posiciones fácticas y jurídicas de las partes quedaron registradas documentalmente en la correspondencia cruzada entra las partes, entre la cual cabe destacar la siguiente, cuyo contenido íntegro doy por reproducidos en este hecho:*

⁵⁷ Contrato de Concesión No. 851 de 2010 suscrito entre ETESA EN LIQUIDACIÓN e IGTFHC, Cláusula OCTAVA, PARÁGRAFO. Prueba No. 2 aportada con el escrito de contestación a la demanda de IGT GAMES S.A.S.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

- a. *Comunicación del 11 de abril de 2013 con radicado No. 20134100078331, con asunto: Información sobre uso de red baloto, remitida por **COLJUEGOS** a **IGT-SAS**.*
 - b. *Comunicación del 19 de abril de 2013, en respuesta a la comunicación anterior, remitida por **IGT-SAS** con radicado No. 20132160109462, con referencia: 20134100078331. "Información sobre uso red de baloto".*
 - c. *Comunicación del 3 de mayo de 2013, en respuesta a la comunicación enviada por **IGT-SAS**, remitida por **COLJUEGOS** con concepto adjunto a la comunicación con radicado No. 20131200096861, rendido por Clara Elena Zabaraín Urbina, Jefe Oficina Asesora Jurídica de **COLJUEGOS**.*
 - d. *Comunicación del 14 de mayo de 2013, en respuesta a la comunicación anterior, remitida por **IGT-SAS** con radicado No. 20132160140162, con referencia: Respuesta a la comunicación de fecha 3 de mayo de 2013, radicada bajo el No. 20131200096861.*
 - e. *Comunicación del 30 de mayo de 2013, en respuesta a la comunicación enviada por **IGT-SAS**, remitida por **COLJUEGOS** con radicado No. 20131200119631, con asunto: Respuesta a su comunicación fecha 16 de mayo de 2013 – 20132160140162.*
 - f. *Comunicación del 18 de junio de 2013, en respuesta a la comunicación enviada por **COLJUEGOS**, remitida por **IGT-SAS** con radicado No. 20132160190432 – GG-15101-13, con asunto: Respuesta a su comunicación de 30 de mayo de 2013 bajo el No. de radicación 201312000119631.*
 - g. *Comunicación del 30 de julio de 2013, remitida por **COLJUEGOS** a **IGT-SAS** con radicado 20131210058091, con asunto: Convocatoria tribunal de arbitramento.*
 - h. *Comunicación del 5 de agosto de 2013, remitida por **IGT-SAS** a **COLJUEGOS** con radicado 20132160250932 y referencia: radicado 20131210058091.*
34. *El 2 de septiembre de 2013 **COLJUEGOS** remitió a **IGT – SAS** la comunicación con radicado No. 20135100219811, asunto: certificación cumplimiento contrato 887 de 2011, a la cual le anexó la "CERTIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO NOVEDOSO BALOTO NO. 887 DE 2011", comunicación en la que expresó que "Queda entendido que dicha certificación no implica, en manera alguna, aceptación de la posición de Gtech S.A.S. o pronunciamiento sobre reconocimiento económico por el uso de la red, aspecto sobre el cual hay una diferencia contractual entre las partes". Igualmente, **COLJUEGOS** emitió certificaciones de*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

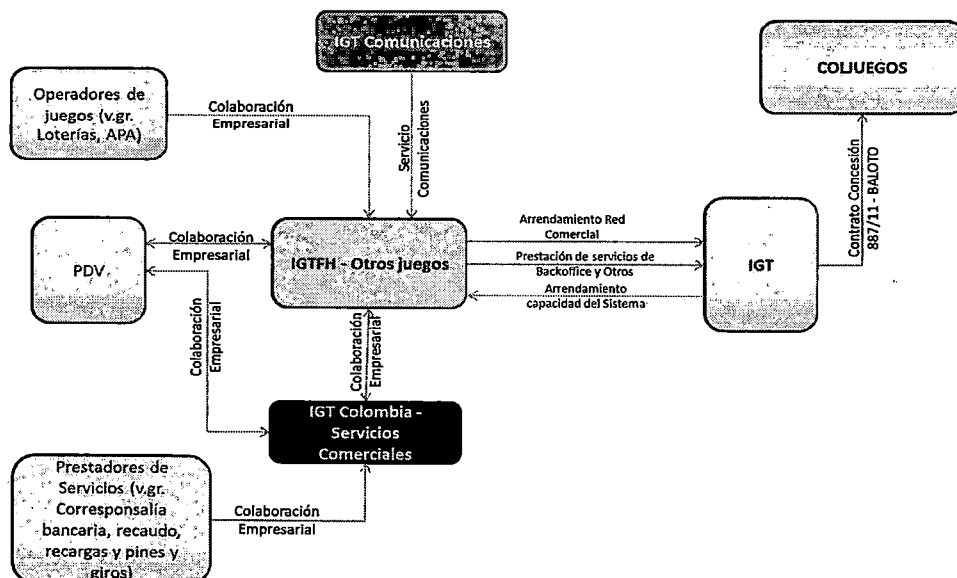
*cumplimiento a **IGT – SAS** los días 16 de diciembre de 2014 y 2 de marzo de 2015.*

35. *La CONCESIONARIA no está obligada a reconocer suma adicional alguna por usar el SISTEMA para prestar servicios comerciales. No obstante lo anterior, ante los múltiples requerimientos de COLJUEGOS para que se le reconociera, fijara y pagara una remuneración por la utilización del SISTEMA para operar y explotar servicios comerciales, IGT estuvo atenta a llegar a algún acuerdo y propuso distintas fórmulas de arreglo, las cuales no llegaron a buen término.*
36. ***IGT – SAS** en aras a solucionar las diferencias aún vigentes entre las partes, el 7 de julio de 2014, remitió a **COLJUEGOS** la comunicación con radicado No. 20142160265052 – GG-16685-14, con referencia: Contrato Estatal de Concesión No. 887 para la operación de un juego de suerte y azar tipo novedoso, sistematizado, en línea y tiempo real denominado LOTO EN LÍNEA-BALOTO, con el fin de presentar una propuesta de solución al conflicto.*
37. *Con posterioridad las partes, con el fin de procurar un arreglo a las disputas, se cruzaron una nutrida correspondencia, entre la cual cabe destacar la siguiente, cuyo contenido íntegro doy por reproducidos en este hecho:*
- a. *Comunicación del 8 de julio de 2014, en respuesta a la comunicación enviada por **IGT-SAS, COLJUEGOS** remitió la comunicación con radicado No. 20142180043591, con asunto: Definición Valor Uso del Sistema para fines diferentes a la operación del Loto en Línea – BALOTO.*
 - b. *Comunicación del 11 de julio de 2014, en respuesta a la comunicación enviada por **COLJUEGOS**, remitida por **IGT-SAS** con radicado No. 20142160272692 – GG-16720-14, con referencia: Respuesta comunicación No. 20142180039511 de fecha 25 de junio de 2014 y la No. 20145100231501 del 2 de julio de 2014 (recibida 7 de julio de 2014). Relacionadas con el Contrato Estatal de Concesión No. 887 de fecha 13 de junio de 2012.*
 - c. *Comunicación del 21 de julio de 2014, con ocasión de la reunión del 14 de julio de 2014 sostenida con **COLJUEGOS**, remitida **IGT-SAS** con radicado No. 20142160289302 – GG-16795-14, con referencia: Propuesta por uso de capacidad del sistema de Coljuegos a través del cual se opera y explota Loto en Línea – Baloto.*
 - d. *Comunicación del 3 de septiembre de 2014, en respuesta a la comunicación enviada por **IGT-SAS**, remitida por **COLJUEGOS** con radicado No. 2014510031551, con asunto: Propuesta*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

contraprestación uso del sistema a través del cual se explota y opera el juego loto en línea -Baloto.

- e. El 16 de septiembre de 2014, con ocasión de la propuesta presentada por **COLJUEGOS**, **IGT-SAS** remitió la comunicación con radicado No. 20144300374812 – GG-17080-14, con referencia: Respuesta comunicación No 20145100315551.
38. A la fecha, **IGT-SAS** y **COLJUEGOS** (i) no han logrado establecer la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración que **IGT-SAS** debe reconocer y pagar a **COLJUEGOS**, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de **COLJUEGOS**, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el **Sistema** por el cual se opera el **BALOTO** para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, y (ii) no han logrado zanjar la controversia sobre la existencia de una obligación a cargo de **IGT – SAS** de reconocer a **COLJUEGOS** una remuneración por el uso del **Sistema** para prestación de servicios comerciales.
- C. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DISPUESTOS EN FAVOR DE IGT-SAS SOBRE EL SISTEMA CONFORME EL CONTRATO PARA LA OPERACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE OTROS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR Y SERVICIOS COMERCIALES.**
39. Con el fin de ejercer su derecho a usar el **Sistema** para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar y prestar servicios comerciales y con base en la facultad expresamente conferida en la **Cláusula VIGÉSIMA SEXTA del Contrato**, **IGT-SAS** desarrolló el siguiente esquema de negocio durante la vigencia del **Contrato**:



*El anterior esquema de funcionamiento/societario constituye la forma en que las compañías IGT venían operando antes de la licitación, y así continuó haciéndose después de la adjudicación **Contrato**, en orden a lo*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*cual se creó y constituyó **IGT-SAS** para la operación y explotación del Baloto, como lo exigirían y autorizaban el pliego de condiciones.*

i. Objeto social de cada una de las Compañías IGT.

40. **IGT-SAS** tuvo como objeto exclusivo la suscripción y ejecución del **Contrato**. En desarrollo del mismo, la sociedad podría celebrar todo acto o contrato civil o comercial que "tienda directamente al cumplimiento de las actividades comprendidas dentro de su objeto principal."
41. **IGT-SAS**, para la ejecución del **Contrato** y con base la autorización contenida en la cláusula VIGESIMA SEXTA celebró los siguientes contratos con otras sociedades, así:

ii. La relación negocial sostenida entre IGT-SAS y IGTFHC.

42. Con el fin de ejercer su derecho a usar el SISTEMA para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar y prestar servicios comerciales y bajo las facultades conferidas por el Contrato, **IGT - SAS** celebró con IGT FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA (en adelante "IGTFHC") un contrato de arrendamiento con el objeto de entregar una porción del SISTEMA a cambio de un canon de arrendamiento mensual de \$29.499.639 .
43. Bajo el contrato de arrendamiento citado, IGTFHC es quien directamente comercializa otros juegos de suerte y azar y presta servicios tecnológicos para la prestación de los servicios comerciales y es quien percibe los ingresos relacionados por dicho concepto y sobre los cuales no tiene participación **IGT - SAS**.
44. Así mismo, **IGT-SAS** e IGTFHC suscribieron "CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y MANEJO COMERCIAL PARA LA RED DEL LOTO EN LÍNEA – BALOTO", cuyo objeto fue entregarle en arrendamiento "su Red Comercial" la cual a la fecha de celebración del Contrato estaba integrada mínimo por 9.000 terminales en PDV. Pactaron como remuneración mensual una suma de dinero equivalente al siete punto sesenta y ocho por ciento (7.68%) de las Ventas Bruta de Baloto en la Red Comercial, después de descontado el IVA.
45. Finalmente, **IGT-SAS** e IGTFHC celebraron un tercer contrato al que denominaron "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE BACK-OFFICE Y OTROS", cuyo objeto consistió en que IGTFHC prestara los siguientes servicios:
- "1. Operar el sistema central del juego Baloto.
 - "2. Proveer mantenimiento y reparación a las terminales donde se corre el juego Baloto.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

"3. Proveer a los servicios de comunicaciones entre las terminales y sistema central para poder procesar las transacciones del juego Baloto."

"4. Administrar el encargo fiduciario."

"5. Realizar el sorteo y escrutinio de Baloto."

"6. Diseñar y ejecutar estrategias de comercialización del producto Baloto."

"7. Realizar el control y cobro de la cartera de Baloto con los Puntos de Venta."

"8. Suministrar el Call Center para atender al consumidor final y a los puntos de venta."

46. **IGT-SAS** e IGTFHC pactaron como remuneración la suma que resultara "del valor cancelado a GTECH Comunicaciones Colombia Ltda. por parte de la Sucursal más el 38% de los otros costos en que incurra la Sucursal, valor al que se le adicionara el 11% de la utilidad y el respectivo IVA.". Igualmente, **IGT-SAS** e IGTFHC pactaron una prima de contratación en virtud de la cual GTECH se obligó a pagar a IGTFHC, por una sola vez, la suma de COP\$2.851.274,698.

iii. La relación comercial sostenida entre IGTFHC e IGT COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA.

47. IGTFHC e IGT COMUNICACIONES COLOMBIA LTDA (en adelante IGT Comunicaciones) suscribieron "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES", cuyo objeto fue de dicho contrato el siguiente "la prestación de servicios de telecomunicaciones de transmisión y recepción de información digitalizada de cualquier tipo o naturaleza". Pactaron como remuneración de dicho contrato la siguiente la suma que resultara de tomar el valor de los costos directos e indirectos en los que hubiese "incurrido GTECH para la prestación del Servicio más un margen de utilidad de GTECH equivalente al once por ciento (11%) liquidado sobre el monto total de los costos referidos. El valor que arroje la operación indicada (costos directos y costos indirectos más el margen de utilidad indicado) corresponderá a la remuneración mensual de GTECH, valor al que se le adicionara el IVA."
48. Igualmente, IGTFHC e IGT Comunicaciones pactaron una prima de contratación en virtud de la cual IGTFHC pagaría, por una sola vez, a "GTECH la suma de \$426.720.251".

iv. La relación comercial sostenida entre IGT FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA e IGT COLOMBIA LTDA.

49. IGTFHC y GTECH COLOMBIA LTDA (Hoy IGT COLOMBIA LTDA) (en adelante "IGT Colombia") celebraron "CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL", que tuvo como objeto "realizar de manera conjunta las

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

respectivas actividades de colaboración para efectos de que a través de la utilización del Sistema Central y la Red de Comunicaciones, las partes unan sus esfuerzos y tecnología para que GTECH COLOMBIA pueda ofrecer al público los Servicios Comerciales.". Pactaron como remuneración la siguiente distribución de porcentajes de los ingresos derivados de la ejecución del contrato, así:

"CLAUSULA CUARTA DISTRIBUCIÓN DE INGRESOS.- Los ingresos por Servicios Comerciales en virtud de este contrato se repartirán entre las Partes de acuerdo con los siguientes porcentajes:
"(i) la Sucursal tendrá derecho a recibir una suma equivalente a \$230 pesos por transacción procesada a través de las terminales, de giros, retiros, energía prepagada y cualquier tipo de recaudo, de acuerdo con las conciliaciones mensuales y de recaudo realizadas por las Partes; y
"(ii) La SUCURSAL tendrá derecho a una suma equivalente al 2.62% sobre las ventas resultantes de la comercialización de productos, bienes o servicios derivados de la venta de minutos o de telefonía, internet, y los demás que se comercialicen, de acuerdo con las conciliaciones semanales de recaudo realizadas por las Partes."

50. Conforme el esquema de negocio que **IGT-SAS** empleó para la ejecución del **Contrato** y ejercer los derechos que le fueron conferidos conforme el mismo, incluyendo por supuesto la operación del BALOTO, las compañías IGT tuvieron los siguientes resultados financieros durante el periodo 2012 – 2016 conforme sus estados financieros debidamente auditados:

a. Ingresos de las Compañías IGT durante el periodo 2012 – 2016:

IGT Foreign Holding Sucursal Colombia	49.467	47.187	50.912	52.308	75.051	274.925
IGT Colombia Ltda.	186.719	167.991	23.040	22.293	23.705	423.748
IGT Games S.A.S.	56.225	52.389	30.529	28.489	40.116	207.748
IGT Comunicaciones Colombia Ltda.	2.480	2.038	2.585	1.785	1.978	10.866
Total suma	294.891	269.605	107.066	104.875	140.849	917.286

b. Utilidad neta de las Compañías IGT durante el periodo 2012 – 2016:

IGT Foreign Holding Sucursal Colombia	6.383	4.248	3.611	-89	-2.430	11.723
IGT Colombia Ltda.	3.020	6.104	7.544	5.705	6.402	28.774
IGT Games S.A.S.	4.866	3.269	-388	-5.346	2.966	5.367
IGT Comunicaciones Colombia Ltda.	168	450	875	55	284	1.832
Total suma (6-9)	14.436	14.072	11.642	326	7.221	47.696

c. Comportamiento del total del patrimonio de las Compañías IGT durante el periodo 2012 – 2016:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

IGT Foreign Holding Sucursal Colombia	15.954	20.153	22.552	22.109	22.517
IGT Colombia Ltda.	11.682	14.729	17.191	16.021	17.289
IGT Games S.A.S.	4.269	3.781	257	-5.089	3.217
IGT Comunicaciones Colombia Ltda.	3.032	3.237	3.010	2.710	2.553
Total suma (21-24)	34.937	41.900	43.009	35.752	45.576

d. Flujo de caja de cada una y consolidado de las Compañías IGT durante el periodo 2012 – 2016:

i. Flujo de caja de IGTFHC durante el periodo 2012 – 2016:

(EBITDA (Utilidad Operacional)	5.784	4.142	5.475	3.142	-568	17.974
Depreciaciones y Amortizaciones	1.910	1.114	281	1.502	2.901	7.709
Impuestos	-157	-498	-947	-52	-98	-1.752
Cambio en el capital de trabajo	-840	-4.319	2.569	15.794	11.767	24.972
Cambio en el CAPEX	1.564	-517	-5.600	-17.138	-10.811	-32.501
FCL Total	8.261	-79	1.779	3.250	3.191	16.401

ii. Flujo de caja de IGT Colombia Ltda. durante el periodo 2012 – 2016:

EBITDA (Utilidad Operacional)	7.169	7.470	12.553	8.907	9.514	45.613
Depreciaciones y Amortizaciones	2.759	2.678	1.852	1.328	1.384	10.001
Impuestos	-2.995	-3.706	-6.293	-5.192	-4.643	-22.828
Cambio en el capital de trabajo	-4.676	-3.312	13.729	15.206	8.213	29.160
Cambio en el CAPEX	-271	-2.137	-244	-378	-499	-3.529
FCL Total	1.987	993	21.597	19.871	13.969	58.416

iii. Flujo de caja de **IGT-SAS** durante el periodo 2012 – 2016:

EBITDA (Utilidad Operacional)	8.781	1.386	695	-3.106	6.131	13.886
Depreciaciones y Amortizaciones	830	2.429	3.351	3.329	3.357	13.296
Impuestos	-3.385	-1.013	-164	-278	-917	-5.757
Cambio en el capital de trabajo	277	3.266	-14.785	-6.411	-674	-18.327
Cambio en el CAPEX	-5.668	-4.965	-1.552	-205	-3	-12.393
FCL Total	835	1.103	-12.456	-6.671	7.893	-9.294

iv. Flujo de caja de IGT Comunicaciones Colombia Ltda. durante el periodo 2012 – 2016:

EBITDA (Utilidad Operacional)	303	150	967	177	337	1.934
Depreciaciones y Amortizaciones	457	460	8	8	8	940
Impuestos	-113	-54	-424	-260	-169	-1.020
Cambio en el capital de trabajo	1.199	-712	0	0	0	487
Cambio en el CAPEX	-33	0	0	0	0	-33

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

FCL Total	1.813	-155	550	-75	175	2.309
------------------	--------------	-------------	------------	------------	------------	--------------

v. Flujo de casa consolidado de las Compañías IGT:

<i>EBITDA (Utilidad Operacional)</i>	22.037	13.148	19.689	9.120	15.414	79.408
<i>Depreciaciones y Amortizaciones</i>	5.956	6.681	5.492	6.166	7.650	31.946
<i>Impuestos</i>	-6.650	-5.270	-7.828	-5.781	-5.828	-31.357
<i>Cambio en el capital de trabajo</i>	-4.039	-5.078	1.513	24.590	19.306	36.292
<i>Cambio en el CAPEX</i>	-4.407	-7.619	-7.396	-17.720	-11.313	-48.456
FCL Total	12.896	1.862	11.470	16.375	25.229	67.832

51. De conformidad con la información financiera reflejada en los Estados Financieros de las Compañías IGT dentro del periodo 2012 – 2016, la pretensión de **COLJUEGOS** correspondiente a obtener una remuneración por COP\$42.287.250.000 por el uso de **Sistema** por parte de **IGT-SAS** para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar y servicios comerciales, correspondería al 88.65% de la utilidad neta percibida por todas las Compañías IGT y al 94% del patrimonio del conjunto de empresas que comprenden el grupo IGT a diciembre 31 de 2016, incluida la utilidad por la operación del juego Baloto, objeto de la concesión.
 52. El valor de la pretensión de **COLJUEGOS** es desproporcionado frente al valor del patrimonio y los resultados financieros de las compañías, por lo que en el caso de efectuarse un pago de tal magnitud conllevaría a un desproporcionado desequilibrio contractual que, por contera, implicaría la liquidación y cese de operaciones de las Compañías IGT, lo cual también sería un perjuicio para **COLJUEGOS** porque dejaría de recibir importantes recursos por la operación del juego Baloto que realizó **IGT-SAS** y que realiza actualmente IGT JUEGOS S.A.S. en la actualidad bajo el nuevo contrato de concesión.
 53. En caso de aceptar el valor de la pretensión, el valor del patrimonio consolidado de las Compañías IGT se reducirá a COP\$2.782.000.000.
- D. PARÁMETROS DE MERCADO REALES PARA DETERMINAR UNA EVENTUAL FORMULA O METODOLOGÍA PARA FIJAR O ESTABLECER LA REMUNERACIÓN QUE DEBE PAGAR IGT-SAS POR EL USO DEL SISTEMA PARA OTROS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR Y EVENTUALMENTE POR SERVICIOS COMERCIALES.**
54. Durante la ejecución del Contrato de Concesión 117 de 1999, **IGTFHC** reconoció y aceptó como remuneración la Empresa Territorial para la Salud – ETESA (hoy **COLJUEGOS**) por el uso del **Sistema** para la operación de otros juegos de suerte azar y/o servicios comerciales, las siguientes sumas:
 - a. En el otrosí No. 3 al Contrato de Concesión 117 de 1999 aceptó como contraprestación el "... siete por ciento (7%) por ciento de los

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*ingresos de los ingresos brutos, que reciba EL CONTRATISTA" por la venta del juego de Apuestas permanente de manera sistematizada denominado "PAGATODO" a través del **Sistema**.*

- b. *En el otrosí No. 6 al Contrato de Concesión 117 de 1999 aceptó como contraprestación el "... equivalente al siete por ciento (7%) de los ingresos brutos que reciba EL CONTRATISTA por la venta de la 'LOTERIA EN LÍNEA '" a través del **Sistema**.*
- c. *En el otrosí No. 7 al Contrato de Concesión 117 de 1999 aceptó como contraprestación recibir "...por la utilización del Sistema Central de EL CONTRATISTA, el equivalente a cinco por ciento (5%) de las sumas que GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION Sucursal Colombia recia de GTECH COLOMBIA por permitir el uso parcial del Sistema Central dentro del proyecto de Servicios Comerciales, remuneración que será a cargo y por cuenta exclusiva de EL CONTRATISTA.", y "en el evento que el Sistema Central del CONTRATISTA sea requerido de manera total, exclusiva y absoluta para la ejecución y desarrollo del proyecto de Servicios Comerciales, EL CONTRATISTA deberá cancelarle a ETESA el mismo porcentaje que corresponde a pagar por la venta de otros juegos no competencia de ETESA, es decir, el 7% sobre los ingresos brutos del CONTRATISTA."*
55. *En el proceso de licitación del Baloto para el periodo 2017-2022 que adelantó **COLJUEGOS**, la **CONCEDENTE** ha reconocido que, bajo el Contrato, la remuneración por el uso del **Sistema** se limita a los "costos por la utilización de la red que deberá pagar el Concesionario por el uso del sistema"⁵⁸*
56. *El 8 de junio de 2016 mediante comunicación con radicado 20161200272871 **COLJUEGOS** requirió a **IGT-SAS** información financiera relacionada con las compañías **IGT-SAS**, así:*
- "• Estados financieros completos y auditados (6 dígitos de PUC), a corte de los años 2012, 2013, 2014 y 2015, incluyendo notas a los estados financieros.*
 - "• Detalle por tipo de activo de los equipos o cuenta 15 del PUC discriminando el costo histórico, depreciación del periodo y depreciación acumulada (construcciones, mejoras a propiedad ajena,*

⁵⁸ Documento denominado PLIEGO DE CONDICIONES LICITACIÓN PÚBLICA No. LP 001-2016 que tiene como objeto "OTROGAR EN CONCESIÓN LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DEL JUEGO DE SUERTE Y AZAR DE LA MODALIDAD NOVEDOSO TIPO LOTTO EN LÍNEA, DENOMINADO BALOTO, A NIVEL NACIONAL, POR EL TÉRMINO DE 5 AÑOS", publicado por COLJUEGOS el 6 de septiembre de 2016, numeral 17.9 BENEFICIOS COLATERALES GENERADOS POR LA OPERACIÓN DEL JUEGO, sub-numeral 17.9.1. COBRO POR BENEFICIOS COLATERALES, página 45.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

contratos en ejecución, terminales, equipo de cómputo, Muebles y enseres)

"• Diligenciar el anexo que acompaña este documento por cada compañía y para los años 2012, 2013, 2014 y 2015. Tener en cuenta que el total de los ingresos relacionados en el archivo debe coincidir con los estados financieros."

57. *El 15 de junio de 2016 **IGT-SAS** dio respuesta a dicho requerimiento por medio de comunicación del con radicado GG- 20537-16, remitiendo la información financiera solicitada incluso enviando información privada en poder de terceros y por demás, informando a **COLJUEGOS** los ingresos brutos acumulados desde el año 2012 a 2015 por las compañías **IGT-SAS** por la comercialización de otros juegos de suerte y azar y la prestación de servicios comerciales.*
58. *El 1 de julio de 2016, en cumplimiento del fallo de Tutela No. 2016-00101-01 del 23 de junio de 2016 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el contador general de **COLJUEGOS** emitió certificación en virtud de la cual certificó el valor en libros del **Sistema** a 30 de junio de 2016, por una suma de \$5.051.405.604.*
59. *El 27 de julio de 2016, **COLJUEGOS** publicó el aviso de apertura del proceso de licitación pública LP 001-2016 con el fin de "OTORGAR EN CONCESIÓN LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DEL JUEGO DE SUERTE Y AZAR DE LA MODALIDAD NOVEDOSO DE TIPO LOTTO EN LÍNEA, DENOMINADO BALOTO, A NIVEL NACIONAL, POR EL TÉRMINO DE 5 AÑOS".*
60. *Dentro del proceso de licitación del Baloto que adelantó **COLJUEGOS**, la **CONCEDENTE** fijó un cobró fijo a cargo del futuro concesionario del Baloto al que denominó "BENEFICIOS COLATERALES GENERADOS POR LA OPERACIÓN DEL JUEGO"⁵⁹.*
61. *Además de los criterios adoptados en los contratos de concesión anteriores⁶⁰ y en el **Contrato**, bajo el nuevo criterio denominado "BENEFICIOS COLATERALES GENERADOS POR LA OPERACIÓN DEL JUEGO" **COLJUEGOS** cobró al concesionario del Baloto por el uso de los bienes que denominó "tangibles e intangibles" para la operación y*

⁵⁹ Documento denominado "ANÁLISIS DEL SECTOR ECONÓMICO Y DE LOS OFERENTES" PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA PARA OTORGAR EN CONCESIÓN LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIONES DEL JUEGO DE SUERTE Y AZAR DE LA MODALIDAD NOVEDOSO DENOMINADO LOTO EN LÍNEA, DENOMINADO BALOTO, A NIVEL NACIONAL, POR EL TÉRMINO DE 5 AÑOS" publicado por COLJUEGOS el 26 de julio de 2016, página 48 a 54.

⁶⁰ Contrato de Concesión C-117 de 1999, Contrato de Concesión C-851 de 2010 y Contrato de Concesión 887 de 2011.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

explotación de otros juegos de suerte y azar distintos a Baloto y servicios comerciales, los siguientes conceptos:

- a. *El uso exclusivo de la marca Baloto, propiedad de **COLJUEGOS**, para el ofrecimiento de otros productos y servicios, en los términos establecidos en el manual de uso de marca definido por Coljuegos.*
 - b. *El derecho de uso de los bienes de propiedad de **COLJUEGOS** y entregados en concesión para el ofrecimiento de otros productos y servicios, incluidas las terminales de venta, previo concepto técnico, en el caso que sea procedente⁶¹.*
62. *Para establecer la cuantificación por "Beneficios Colaterales", **COLJUEGOS** tuvo en cuenta 3 criterios: i) potencial de usuarios de la red para otros productos y servicios, jugadores y no jugadores de Baloto, ii) Productos y servicios susceptibles de ser ofrecidos en la red y iii) ingresos y costos asociados al ofrecimiento de otros productos y servicios⁶².*
63. *Frente al criterio iii), **COLJUEGOS** reconoció de manera expresa que "en el análisis que ha hecho la entidad de modelo de negocio que tienen las redes transaccionales, se contempla que parte de esta remuneración se comparta con el punto de venta y/o redes aliadas", así como reconoció la remuneración pactada de contratos de concesión anteriores y en relación al **Contrato**, la **CONCEDENTE** reconoció que "se estableció la existencia de costos por utilización de la red que deberá pagar el concesionario por el uso del sistema."⁶³*
64. *Por los conceptos a. y b. detallados anteriormente, **COLJUEGOS** fijó como tarifa de remuneración a cargo del futuro concesionario del Baloto un pago anual entre el mayor valor resultante entre 3.144 SMLMV más IVA o el 7% de los ingresos brutos que reciba el operador por la venta de productos o servicios diferentes al juego Baloto, registrados en las terminales de venta ofrecidos en la oferta del operador o en las que se sustituyan este requisito más IVA⁶⁴.*

⁶¹ Documento denominado "FORMULARIO DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS – OBSERVACIONES AL PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO NO. LP 001-2016 OBJETO "OTORGAR EN CONCESIÓN LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DEL JUEGO DE SUERTE Y AZAR DE LA MODALIDAD NOVEDOSO DE TIPO LOTTO EN LÍNEA, DENOMINADO BALOTO, A NIVEL NACIONAL, POR EL TÉRMINO DE 5 AÑOS"" publicado por COLJUEGOS, observante: Diana Margarita Otálora Taylor , observación 1.8, páginas 70 a 74; observante: ASOJUEGOS – Juan Andrés Carreño Cardona, Observación II OBSERVACIONES SOBRE BENEFICIOS COLATERALES, página 143 a 146.

⁶² Ibídem, Óp. Cit. 8, página 52 y 53.

⁶³ Ibídem, Óp. Cit. 8, página 53.

⁶⁴ Documento denominado "ESTUDIOS Y DOCUMENTOS PREVIOS" dentro del PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA PARA OTORGAR EN CONCESIÓN LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN DEL JUEGO DE SUERTE Y AZAR DE LA MODALIDAD NOVEDOSO DE TIPO LOTO EN LÍNEA, DENOMINADO BALOTO, A NIVEL NACIONAL, POR EL TÉRMINO DE 5 AÑOS publicado por COLJUEGOS el 26 de julio de 2016.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

65. *Bajo dicho esquema de remuneración propuesto inicialmente por **COLJUEGOS**, el Concesionario hubiese estado obligado a los siguientes pagos por concepto de "beneficios colaterales":*
- a. Bajo el esquema de SMLMV, el Concesionario hubiese estado obligado a pagar por los 5 años de concesión la suma mínima equivalente a 15.720 SMLMV, que en cálculos aproximados de **COLJUEGOS** equivale a \$12.572.000.000, incluyendo IVA y el valor actualizado de los ingresos año a año de acuerdo con el incremento establecido por el Gobierno Nacional al SMLMV⁶⁵.*
 - b. Bajo el esquema del 7% de los ingresos brutos, **COLJUEGOS** no precisó o estimó el monto que estaría obligado a pagar el futuro Concesionario.*
66. *Posteriormente, durante el proceso de licitación **COLJUEGOS** eliminó de la ecuación de remuneración por "beneficios colaterales", el porcentaje correspondiente al 7% de los ingresos brutos como criterio de remuneración "con ocasión de las recomendaciones realizadas sobre este aspecto por parte de la Procuraduría General de la Nación" y en razón a "las múltiples observaciones recibidas en la etapa de Proyecto de pliego de Condiciones, en donde se advirtió la inviabilidad técnica de realizar un cobro del 7% sobre ingresos brutos de los potenciales oferentes."⁶⁶*
67. *Así las cosas, en el pliego de condiciones definitivo del Baloto publicado el 6 de septiembre de 2016, **COLJUEGOS** eliminó de la ecuación para remunerar "beneficios colaterales" lo correspondiente al 7% de los ingresos brutos y conservó únicamente como tarifa de remuneración por dicho concepto el valor mínimo correspondiente a 3.144 SMLMV anuales o 262 SMLMV mensuales⁶⁷.*
68. *Conforme la comunicación del 5 de octubre del 2016 enviada por COLJUEGOS a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, la **CONCEDENTE** reportó al ente de control lo siguiente relacionado con el esquema de remuneración por "beneficios colaterales":*

"1. Respecto de la solicitud de justificar la eliminación del cobro del 7% por concepto de Ingresos Brutos que recibiría el operador por la

⁶⁵ Comunicación del 5 de octubre de 2016 con radicado No. 2016120047581 dirigida por Juan B. Pérez Hidalgo, Presidente de Coljuegos a Fanny María González Velasco, Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, página 4 de 17.

⁶⁶ Documento denominado "FORMULARIO DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS", Observante Diana Margarita Otálora Taylor – Corredor Empresarial S.A. página 86 y 87; Observante: ASOJUEGOS – Juan Andrés Carreño Cardona, página 143 a 146; Observante: Frankly Tamayo, página 163 a 170.

⁶⁷ PLIEGO DE CONDICIONES LICITACIÓN PUBLICA No. LP 001-2016 publicado por COLJUEGOS el 6 de septiembre de 2016, páginas 45 y 94.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

venta de productos o servicios diferentes al juego Baloto a través de las terminales ofertadas, se precisa:

*"En los Pliegos de Condiciones Definitivos publicados en el Portal único de Contratación SECOP, se plantea un mecanismo alternativo para cobrar la venta de productos o servicios diferentes al juego Baloto que resulta más favorable para los intereses del Estado, toda vez que permite garantizar un mínimo de ingresos, del orden de 3.144 SMML anuales, por el uso de la red para servicios conexos, **suma muy superior a lo que efectivamente se ha percibido históricamente por este mismo concepto.***

(...)

*"Sin embargo, **ante la imposibilidad de determinar si ese 7% resultaba insuficiente o excesivamente alto,** se dispuso un cambio consistente en incluir en los Pliegos de Condiciones un Criterio de Selección denominado "Beneficios colaterales por la operación del juego", lo que permite garantizar como mínimo los ya mencionados 3.144 SMMLV y, otorgar puntaje adicional a quienes ofrezcan pagos superiores.*

"...Coljuegos persigue garantizar la pluralidad de oferentes, eliminando las barreras de acceso y la posibilidad de incremento de los ingresos anuales que se perciben para la salud, como resultado de la operación del Juego Baloto, así como el uso de los activos propiedad de Coljuegos...

*"Lo contrario, es decir desconocer las observaciones recibidas y en su lugar insistir en un porcentaje de cobro que por lo señalado no resulta atractivo para los potenciales concesionarios, **ni puede ser cuantificado para el Estado en éste momento,** expone la continuidad del juego y el consecuente riesgo de no percibir ingresos para la salud por concepto de derechos de explotación...*

"2. En cuanto a la observación referente a la contraprestación que recibirá Coljuegos por el uso del bien del estado para transacciones diferentes a la operación del juego.

*"Ahora, es necesario destacar que en consideración el objeto de la actual Licitación Pública es otorgar en concesión la implementación y operación del juego de suerte y azar de la modalidad novedoso de tipo loto en línea denominado Baloto, **los bienes de propiedad de Coljuegos que hoy se utilizan en la operación del juego, no comportan un factor determinante en el proceso de licitación, toda vez que la operación del mismo no somete su continuidad a los bienes del estado actualmente empleados...**"*

69. Adicionalmente, dentro de dicha comunicación **COLJUEGOS** concluyó que no se podía "entender como ingreso bruto el total de lo que se recibe por la comercialización de los diversos productos o servicios diferentes al

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

juego, pues estos servicios, en su mayoría no son propios del concesionario, y por el contrario técnicamente éste actúa como un agente de los mismos, recibiendo una comisión por la intermediación."

70. *La promesa de sociedad futura IGT JUEGOS S.A.S. fue el único proponente dentro del proceso de licitación del Baloto para el periodo 2017 - 2022 y dentro de su propuesta ofreció pagar concepto de "beneficios colaterales" la suma de **COP\$12.092.471.596.8 sin IVA, por los 5 años de duración del contrato de concesión.***
71. *Por medio de Resolución No. 2016200029824 del 9 de noviembre de 2016, COLJUEGOS adjudicó el proceso de licitación pública LP-001 de 2016 a la promesa de sociedad futura IGT JUEGOS S.A.S.*
72. *El valor ofrecido por IGT JUEGOS S.A.S., distinto al concepto remunerado bajo el Contrato por **IGT-SAS** y el Contrato de Concesión 117 de 1999 por IGTFHC, remunera i) el uso exclusivo de la marca BALOTO, y ii) el derecho de uso de los bienes de propiedad de COLJUEGOS, incluidas las terminales de venta correspondientes a 10.000 terminales; es decir el doble de las terminales entregadas para la ejecución del **Contrato a IGT – SAS.***
73. *Ante la falta de acuerdo entre las partes sobre la forma y cuantía para fijar la remuneración a favor del CONCEDENTE por el ejercicio del derecho del CONCESIONARIO a usar el SISTEMA para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, el Tribunal Arbitral debe proceder a fijar la remuneración a que COLJUEGOS tiene derecho por dicho concepto atendiendo a los parámetros del mercado y los ingresos netos realmente percibidos por IGT o los terceros que operan el SISTEMA, limitándose a 4.994 terminales que forman parte del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS.*
- E. ANÁLISIS FINANCIERO DE LAS PROPUESTAS Y METODOLOGÍAS PARA REMUNERAR EL USO DEL SISTEMA PARA LA OPERACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE OTROS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR Y EVENTUALMENTE POR SERVICIOS COMERCIALES.**
74. *En aras a la solución del conflicto suscitado, mediante comunicación del 21 de julio de 2014 **IGT-SAS** le propuso a **COLJUEGOS** reconocer como remuneración por el uso del **Sistema**, un valor estimado a partir del porcentaje de utilización que realizó del mismo durante la vigencia del **Contrato** calculado sobre 10.000 terminales. **COLJUEGOS** no aceptó la remuneración propuesta, la cual, actualizada a valor presente, aparece en el siguiente cuadro:*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

(1) Valor estimado de la Red por Data Tecnología S.A.S (USD \$)	2.056.367
(2) GTECH está dispuesto a asumir la tecnología como si fuera nueva con una vida útil de 10 años, por lo que se utilizaría el 50% de la vida útil de la Red durante la concesión de 5 años. (USD \$) (1) * (50%)	1.028.184
(3) La capacidad total del Sistema actualmente se utiliza así:	
(4) Baloto utiliza el 0,06% de la Red (USD \$) (2) * (0,06%)	617
(5) Los servicios complementarios y juegos diferentes a Baloto utiliza el 0,23% de la Red (USD \$) (2) * (0,23%)	2.365
(6) No se utiliza el 99,71% de la Red (USD \$) (2) * (99,71%)	1.025.202
(7) Valor total a pagar por 5 años por la Red utilizada por los servicios complementarios y juegos diferentes a Baloto (USD \$) (5)	2.365
(8) Valor a pagar mensual por los 5 años por la Red utilizada por los servicios complementarios y juegos diferentes a Baloto (USD \$) (7) / (60)	39,41
(9) Valor total a pagar mensual en pesos (TRM junio 2014 - \$1.960,64) (COP \$) (8) * (1.960,64)	77.276
(10) Markup intercompañía 11% (COP \$) (9) * (11%)	8.500
(11) Valor total a pagar mensual + Markup (COP \$) (9) + (10)	85.776
(12) Valor total anual a pagar (COP \$) (11) * (12)	1.029.313
(13) Valor Total 5 años de contrato (Valor que pagará GTECH GFHC Sucursal Colombia a GTECH S.A.S.) (COP \$) (12) * (5)	5.146.565

75. En la misma fecha, **IGT-SAS** le propuso a **COLJUEGOS** como fórmula alternativa de reconocimiento y pago de la remuneración por el uso del **Sistema**, el valor estimado a partir de la distribución de las transacciones sin contemplar la inactividad del **Sistema**, calculado sobre el uso de 10.000 terminales. **COLJUEGOS** no aceptó la remuneración propuesta, la cual, actualizada a valor presente, aparece en el siguiente cuadro:

(14) Valor estimado de la Red por Data Tecnología S.A.S (USD \$)	2.056.367
(15) GTECH está dispuesto a asumir la tecnología como si fuera nueva con una vida útil de 10 años, por lo que se utilizaría el 50% de la vida útil de la Red durante la concesión de 5 años. (USD \$) (14) * (50%)	1.028.184
(16) La capacidad total del Sistema actualmente se utiliza así:	
(17) Baloto utiliza el 20,90% de la Red (USD \$) (15) * (20,90%)	214.890,35
(18) Los servicios complementarios y juegos diferentes a Baloto utiliza el 79,10% de la Red (USD \$) (15) * (79,90%)	813.293,15
(19) Valor total a pagar por 5 años por la Red utilizada por los servicios complementarios y juegos diferentes a Baloto (USD \$) (18)	813.293,15
(20) Valor a pagar mensual por los 5 años por la Red utilizada por los servicios complementarios y juegos diferentes a Baloto (USD \$) (19) / (60)	13.554,89
(21) Valor total a pagar mensual en pesos (TRM junio 2014 - \$1.960,64) (COP \$) (20) * (1.960,64)	26.576.251
(22) Markup intercompañía 11% (COP \$) (21) * (11%)	2.923.388
(23) Valor total a pagar mensual + Markup (COP \$) (21) + (22)	29.499.639
(24) Valor total anual a pagar (COP \$) (23) * (12)	353.995.667
(25) Valor Total 5 años de contrato (Valor que pagará GTECH GFHC Sucursal Colombia a GTECH S.A.S.) (COP \$) (24) * (5)	1.769.978.337

76. En caso que **COLJUEGOS** optara por aceptar como remuneración por el uso del **Sistema**, el valor que IGT JUEGOS S.A.S. pagará bajo el Contrato de Concesión 1379 de 2016 por concepto de "Beneficios Colaterales" aplicando el valor correspondiente a SMLMV para el periodo 2012-2016 con su correspondiente actualización, la remuneración a reconocer se calcularía en principio con base en las cifras del siguiente cuadro:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

2012	566.700	262	3.144	1.781.704.800	111,82	2.125.553.750
2013	589.500	262	3.144	1.853.388.000	113,98	2.169.169.672
2014	616.000	262	3.144	1.936.704.000	118,15	2.186.680.606
2015	644.350	262	3.144	2.025.836.400	126,15	2.142.263.779
2016	689.454	262	3.144	2.167.643.376	133,40	2.167.643.376
					Total	10.791.311.183

*La anterior suma calculada a abril de 2017 equivale a COP\$11.063.116.322. Teniendo en cuenta que **IGT-SAS** solo recibió 4.994 terminales como integrantes del **Sistema**, la suma final a pagar sería COP\$5.531.558.161.*

77. *Alternativamente otra forma de liquidación, consiste en calcular la remuneración por el uso del **Sistema**, con base en los ingresos reales que percibieron las Compañías IGT durante el periodo 2012-2016 por concepto de la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar y servicios comerciales, aplicando las tarifas del 7% y 5% pactadas en los otrosíes al Contrato de Concesión 117 de 1999 de manera correspondiente por otros juegos de suerte y azar y servicios comerciales, actualizado a valor presente, la remuneración a reconocer sería la suma equivalente a COP\$8.271.201.504, y teniendo en cuenta que **IGT-SAS** solo debe reconocer la remuneración por 4.994 terminales, equivale a la suma final de COP\$4.135.600.752. "*

6.-LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.

La parte demandada en reconvención, en el escrito de contestación de la reforma de la demanda de reconvención, formuló las siguientes excepciones de mérito.

- A. Incumplimiento del contrato 887 de 2011 por parte de la CONCESIONARIA en lo relativo a la obligación de pago de contraprestación por la operación de otros juegos de suerte y azar y la prestación de servicios comerciales a través del SISTEMA concesionado.*
- B. Inexistencia de autorización para la concesionaria de arrendar el SISTEMA CONCESIONADO.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

C. La presentación de los elementos que integran el SISTEMA contenida en la reforma de la demanda de reconvención se aparta del contenido del contrato 887 de 2011.

C. (sic) Violación del artículo 28 del ECAP y por tanto uso indebido de bienes de propiedad estatal.

**CAPÍTULO TERCERO
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

De manera previa a adoptar la decisión de fondo que resuelva sobre las pretensiones y excepciones formuladas, es necesario establecer si en el presente proceso arbitral se encuentran satisfechos los presupuestos procesales.

Por lo tanto, debe verificarse si se encuentran reunidos los requisitos que deben concurrir en todo proceso para que el juez pueda aplicar el derecho sustantivo y, en consecuencia, proferir una decisión de fondo. Como es suficientemente conocido, estos presupuestos corresponden a la capacidad procesal, la capacidad para ser parte, la demanda en forma y la competencia⁶⁸.

En relación con la capacidad de las partes de esta controversia, se encuentra acreditado debidamente que tanto la Convocante como la Convocada son personas jurídicas con aptitud suficiente para comparecer a este proceso y lo han hecho mediante representantes debidamente constituidos.

Respecto de las demandas presentadas por las partes, tanto la principal como la de reconvención reformada, se observa que ellas cumplen los requisitos

⁶⁸ Sobre los presupuestos procesales, la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente: "Trátase de elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. No conciernen a la relación jurídica sustancial controvertida, causa petendi, petitum, ni a la legitimación en causa, aptitud o interés específico para deducir, controvertir o soportar la pretensión, cuestiones todas del derecho sustancial (CXXXVIII, 364/65), sino a "los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido del proceso (sentencia del 14 de agosto de 1995 exp. 4268), esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso, en tanto, el derecho de acción es una condición de la providencia favorable de la litis contestatio (LIX, 818; LXXV, 158 y XXVI, 93)". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de julio de 2008. M.P. William Namen Vargas.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

establecidos en la ley. Asimismo, el Tribunal se ha declarado competente para decidir de fondo la controversia que se ha sometido a su consideración.

Finalmente, el Tribunal reitera que el presente asunto puede decidirse de fondo con las partes que han intervenido en su tramitación, sin que se requiera integrar el contradictorio con las sociedades que actuaron como prometientes de la sociedad futura GTECH S.A.S., hoy IGT Games, aspecto este en relación con el cual el Tribunal ratifica las consideraciones que realizó al respecto en los distintos momentos en los que el asunto se planteó a lo largo del proceso, tal y como se ha reseñado detalladamente en los numerales 4, 5.3. y 5.4 del capítulo relativo a los antecedentes de esta providencia.

2. LA CONTROVERSIA SOMETIDA A DECISIÓN DEL TRIBUNAL

2.1. MARCO JURÍDICO DE LA DECISIÓN

El Tribunal hará una recapitulación de los principales aspectos del Contrato de Concesión No. 887 de 2011 que constituye el referente objetivo origen de la controversia que se define entre Coljuegos e IGT Games, partes del presente trámite arbitral, previas algunas consideraciones.

2.1.1. EL CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR

Varias son las concesiones que se prevén en la legislación colombiana, se orientan algunas a la prestación de servicios públicos, otras -como la traída a consideración del Tribunal- a la explotación de actividades monopólicas del Estado como las atinentes a juegos de azar, así como relativas a licores, también las hay para la explotación de bienes del Estado, así como la concesión de obra pública y finalmente las que surgen de las concesiones de los proyectos de asociaciones público privadas.

El contrato sobre el cual versa la controversia corresponde a uno de aquellos que tienen como objeto el arbitrio rentístico previsto para la explotación de actividades monopólicas del Estado, como los juegos de suerte y azar.

El Contrato de Concesión que regula la explotación de actividades con carácter de monopolio tiene como una parte al Estado, como único titular autorizado

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

para disponer, mediante venta o comercialización, que determinados bienes o servicios participen en el tráfico mercantil, como pasa a explicarse en detalle.

a. Los contratos de explotación del Monopolio Rentístico

Con la modificación introducida a la Constitución Política de 1886 mediante el Acto Legislativo No. 3 de 1910 se estableció la figura de los monopolios legales con arbitrio rentístico, comoquiera que el artículo 4º del Acto Legislativo señalado, dispuso que ninguna ley que estableciera un monopolio podía aplicarse antes de que se indemnizara a las personas que quedaran privadas del ejercicio de una industria lícita, y que ningún monopolio podía establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de la ley⁶⁹. Con posterioridad a esta reforma, se expidió la Ley 10 de 1990 que en su artículo 42 declaró como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las loterías y apuestas permanentes.

Actualmente, el carácter de monopolio ha sido definido por la Constitución o por la ley como arbitrio rentístico de ciertas entidades y cuya explotación entrega a particulares, con arreglo a una autorización específica y exclusiva. Tal es el caso de los juegos de suerte y azar, al tiempo que de los licores, conforme a lo previsto en la Constitución Política en su artículo 336. En efecto, esta disposición, con el fin de proteger la libre competencia en el mercado, dispuso que no podían establecerse monopolios, sino como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. Asimismo, el artículo en mención estableció que las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de los juegos de suerte y azar estarían destinadas exclusivamente a los servicios de salud. En este sentido, el artículo 285 de la Ley 100 de 1993⁷⁰

⁶⁹ "Art. 4º. Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de la ley. Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación."

⁷⁰ "ARTÍCULO 285. ARBITRIO RENTISTICO DE LA NACIÓN. El artículo 42 de la Ley 10 de 1990 quedará así:

ARTÍCULO 42. ARBITRIO RENTÍSTICO DE LA NACIÓN. Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores aquí previstas.

La concesión de permisos para la ejecución de rifas que no sean de carácter permanente, cuyo plan de premios no exceda doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales y se ofrezcan al público exclusivamente en el territorio del respectivo municipio o distrito, será facultad de los alcaldes municipales y distritales.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

modificó el artículo 42 de la Ley 10 de 1990, para señalar que se declaraba como arbitrio rentístico de la Nación, en beneficio del sector salud, la explotación económica de las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores.

Algunas de las modificaciones que se introdujeron con la Constitución Política de 1991, son las siguientes, según lo señaló la Corte Constitucional:

*"(...) dispuso en primer lugar que los monopolios rentísticos deben tener una finalidad de interés público o social. Para el caso del monopolio de juegos de suerte y azar, las rentas deben estar destinadas exclusivamente a los servicios de salud, y las obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores deben destinarse preferentemente a atender los servicios de salud y educación. En segundo lugar, señaló que su organización, administración, control y explotación estarán sometidos a un régimen propio fijado por ley de iniciativa gubernamental. En tercer término, contempló la sanción penal en caso de evasión fiscal en materia de rentas provenientes de los monopolios. Y, en último lugar, previó que el Gobierno enajene o liquide las empresas monopolísticas del Estado cuando éstas no cumplan con los requisitos de eficiencia, en los términos que señale la ley, caso en el cual otorgará a terceros el desarrollo de su actividad (art. 336 C.P.)."*⁷¹

Sobre el alcance de la noción de "monopolio de arbitrio rentístico" de la que trata el artículo 336 de la Constitución, la Corte Constitucional ha señalado:

"(...) solo podrá establecerse un monopolio con el propósito de generar rentas para una entidad del Estado, para fines de interés público o social; así las cosas, se excluye la posibilidad de que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio. Entonces, «por un lado de la actividad

Las sumas recaudadas por concepto de permisos de explotación o impuestos generados por estas rifas se transferirán directamente al Fondo Local o Distrital de Salud.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará la organización y funcionamiento de estas rifas, así como su régimen tarifario."

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*monopolizada quedan excluidos los particulares, por otro, el monopolio que se establezca por la ley solo puede obrar a favor del Estado sin que resulte posible de acuerdo con la Constitución, el establecimiento de monopolios legales a favor de particulares»."*⁷²

En similar sentido, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en su momento expresó lo siguiente sobre esta materia:

*"Así, la institución del monopolio, es una excepción al régimen político y la propiedad privada, la iniciativa particular y la libre empresa porque su aplicación supone la prohibición al particular de ejercer la actividad (comercio o industria) reservadas privilegiadamente al Estado con el fin de obtener utilidades (rentas). Es el monopolio, según lo dicen las mismas expresiones constitucionales, un arbitrio rentístico que la ley puede decretar, mas su aplicación queda condicionada a que antes sean indemnizados, plenamente, quienes deban quedar privados del ejercicio de la industria y comercios lícitos. El monopolio es históricamente una institución, colocada al lado de los tributos, para que la gestión del Estado-empresario produzca ganancias y rentas destinadas a sufragar sus gastos; gestión amparada, por virtud de la ley, en la utilización exclusiva y excluyente del comercio o de la industria que se la asignado privilegiadamente."*⁷³

En este sentido, es posible afirmar que los monopolios rentísticos a los que se refiere la Constitución se caracterizan porque: (i) son de creación legal, por lo que es la ley la que fija su organización, administración, control y explotación; (ii) se establecen con el fin de satisfacer una finalidad de interés público o social; (iii) deben tener un arbitrio rentístico, es decir, servir de fuente de ingresos para el Estado, que tendrán la naturaleza de ser dineros públicos, por lo que hay lugar al control fiscal; (iv) su titular es el Estado, de manera que los particulares no pueden explotar por cuenta propia la actividad objeto del monopolio; y (v) es necesaria la indemnización previa a las personas que se verán privadas de su ejercicio.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-619 de 1194. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷³ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de 25 de abril de 1991. Gaceta Judicial: Tomo CCIX n.º 2448. M. P. Pablo J. Cáceres Corrales.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Ahora bien, en lo que respecta concretamente a los juegos de suerte y azar, en cumplimiento del mandato constitucional, se creó el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en la Ley 643 de 2001, que lo define como *"la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación"*. Y, para efectos de comprender esta definición, señala la ley que los juegos de suerte y azar son aquellos en los que *"según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad. Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio un bien o servicio, el cual obtendrá si se acierta o si se da la condición requerida para ganar"*. Son titulares de este monopolio, de acuerdo con el artículo 2º de la ley, los departamentos, el Distrito Capital y los municipios.

Para la operación de los juegos de suerte y azar, la ley diseñó dos modalidades: (i) operación directa y (ii) operación mediante terceros. La primera supone que los titulares del monopolio, en particular los departamentos y el Distrito Capital, pueden operar directamente estos juegos, por intermedios de las empresas industriales y comerciales o de las sociedades de capital público establecidas en la Ley 643 de 2001. Cuando se adopta esta modalidad, la renta proveniente del monopolio se compone de: (i) un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, que se consignan en una cuenta especial para tal fin; (ii) los excedentes obtenidos en ejercicio de la operación de diferentes juegos; y (iii) el 12% de los ingresos brutos para el caso de las loterías (art. 6 de la Ley 643 de 2001).

Por su parte, la segunda modalidad consiste en que, mediante contratos de concesión o de contratación en los términos de la Ley 80 de 1993, celebrados entre personas jurídicas y entidades territoriales, empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o en virtud de una autorización, aquellas se

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

encargan de la operación de los juegos de suerte y azar. En este caso, la renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador (art. 7 de la Ley 643 de 2001). Estos derechos de explotación que percibe la entidad autorizada para la administración del respectivo juego, en los casos en que los juegos de suerte y azar sean operados por terceros, ya sea mediante contrato de concesión o por autorización, corresponden a un porcentaje sobre los ingresos brutos de cada juego (art. 8 de la Ley 643 de 2001). Adicionalmente, el tercero operador del juego debe reconocer a la entidad administradora, como gastos de administración, un porcentaje no superior al uno por ciento (1%) de los derechos de explotación (art. 9 de la Ley 643 de 2001).

En lo relativo a la libertad de configuración del legislador para definir la forma en que puede operar el monopolio de los juegos de suerte y azar, la Corte Constitucional ha precisado:

*"(...) el legislador, dentro de los parámetros constitucionales y sin desconocer la titularidad exclusiva del monopolio en cabeza del Estado, puede establecer distintas modalidades de operación. Así, consideró necesario otorgarle al Estado la posibilidad de que, sin despojarse de su titularidad, en unas ocasiones opere de manera directa y en otras lo haga a través de terceros, pero dentro de los lineamientos del artículo 336 de la Constitución. En ese orden de ideas, dispuso, en primer lugar, que son operadores directos los departamentos y el Distrito Capital, por intermedio de las empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta y sociedades de capital público (art. 6). En segundo lugar, indicó que son operadores indirectos los particulares, es decir, las personas jurídicas, en virtud de autorización mediante contratos de concesión u otros contratos de los que trata la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o, en último término, cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la Ley (art. 7)."*⁷⁴

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

Comoquiera que la controversia sometida a decisión del Tribunal se refiere a un contrato de concesión en virtud del cual un tercero opera los juegos de suerte y azar, se profundizará en el análisis de esta segunda modalidad.

b. La operación de los juegos de suerte y azar por parte de terceros

Como se señaló, es posible que la operación de los juegos de suerte y azar se radique en cabeza de una persona distinta a la entidad estatal que tiene a su cargo la administración del juego del que se trate. Para estos efectos, el artículo 7º de la Ley 643 de 2001, al que se hizo referencia en párrafos anteriores, dispone que la operación que se realice por intermedio de terceros debe instrumentarse, principalmente, mediante contratos de concesión o contratación en los términos de la Ley 80 de 1993. Asimismo, el inciso final de este artículo establece que *"la concesión de juegos de suerte y azar se contratará siguiendo las normas generales de la contratación pública, con independencia de la naturaleza jurídica del órgano contratante"*.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

*"Ahora bien, de acuerdo con el citado precepto legal [art. 7º de la Ley 643], la autorización para que un tercero opere el juego de apuestas permanentes, se somete a la suscripción de un contrato de concesión en los términos previstos en la Ley 80 de 1993, «por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública». Por lo que necesariamente esta regulación se convierte en el marco normativo que rige no sólo la expedición de los actos precontractuales, sino también la celebración y formalización del contrato, así como la ejecución, liquidación y terminación del mismo, a menos -claro está- que la Ley 643 de 2001 disponga reglas especiales, para tal efecto."*⁷⁵

Algunas de las reglas particulares que consagra la Ley 643 de 2001, de aplicación preferente al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, son las siguientes: (i) el término de duración de los contratos es de cinco (5) años como plazo máximo, para los juegos de apuestas permanentes o chance;

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-713 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

(ii) la suma que se debe reconocer por derechos de explotación; (iii) la destinación exclusiva de los recursos; (iv) la vigilancia por parte de la Superintendencia Nacional de Salud (art. 50); y (v) el control fiscal sobre la destinación de los recursos al ser estos de naturaleza pública (art. 54).

De conformidad con lo expuesto, la operación indirecta de los juegos de suerte y azar exige que se celebre con el tercero, que debe ser una persona jurídica, un contrato de concesión, definido en el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como aquel que se perfecciona *"con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"*.

Con fundamento en esta definición, el Consejo de Estado ha derivado una noción general dentro de la que se enmarca el contrato en virtud del cual se concede a un tercero la operación y explotación de un juego de suerte y azar, en los términos que a continuación se transcriben *in extenso* por su pertinencia:

"(...) puede decirse que la concesión es un procedimiento por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: Prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal.

"(...) el contrato de concesión para la explotación de los juegos de suerte y azar es de los mismos a que se refiere la ley de contratación administrativa, así el tipo de actividad a explotar no encaje en la definición de servicio público que trae la ley (art. 2º ordinal 3 ley 80 de 1993), toda vez que de la definición legal puede extraerse un concepto genérico, debido a que en nuestra legislación la concesión

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

supera el encargo a terceros únicamente de un servicio público y puede acudir a ella para la construcción de obras o la explotación de bienes del Estado, o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio.

"En efecto, si bien es cierto la Ley 80 de 1993 tal como lo hacía el derogado decreto ley 222 de 1983, enuncia a partir del artículo 33 una serie de actividades propias del objeto del contrato de concesión, todas ellas de servicios públicos como lo son las referentes a las telecomunicaciones y telefonía de larga distancia, entre otras, no significa que las concesiones de otra especie como la explotación de bienes o actividades que le son propias a una entidad estatal para obtener rentas y destinarlas a un servicio público a que se refieren otras disposiciones legales como lo es en el caso concreto el monopolio sobre los juegos de suerte y azar, sean concesiones distintas aunque si específicas. En esto la ley cumple con el mandato constitucional de darle a cada monopolio su «régimen propio» en los términos del artículo 336 de la Carta, el cual como es obvio habrá de complementarse con las normas generales de contratación de las entidades estatales en lo no regulado en él.

*"En este orden de ideas, el contrato de concesión no sólo se celebra para la prestación de servicios públicos sino también para la explotación de bienes o actividades que constitucional o legalmente se hayan asignado al Estado o cualquiera de las entidades públicas, porque al fin y al cabo cualquiera que sea su naturaleza, siempre tendrá una finalidad de servicio público. Es el caso de la explotación de los juegos de suerte y azar y de los licores, que la ley reservó a los departamentos en calidad de monopolio y que permite su explotación como arbitrio rentístico y fuente de financiación de servicios públicos que le son inherentes a la función social del Estado, como lo son la salud y la educación respectivamente (art. 49, 67, 365 y 366 Constitución Política)."*⁷⁶

⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 1998. Rad. 10217. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

Si bien el pronunciamiento citado se profirió con anterioridad a la expedición de la Ley 643 de 2001, las consideraciones sobre el mecanismo contractual para instrumentar la operación de los juegos de suerte y azar por intermedio de terceros, continúa siendo el contrato de concesión. Y, de conformidad con el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el proceso de selección debe ser la licitación pública.

Los contratos de concesión respecto de monopolios rentísticos tienen como propósito la generación de recursos para el Estado pues este no se repliega o se abstrae de la actividad sino que identifica un mecanismo contractual para su explotación⁷⁷.

Los recursos que genere la explotación de actividades monopolísticas relacionadas con los juegos de suerte y azar constituyen rentas que son del Estado y, en tal virtud, participan de determinados resguardos o cautelas propias de los dineros públicos, derivados de la mencionada característica de arbitrio rentístico. El logro de recursos a favor del Estado halla en la destinación también elemento de relevancia como que, en el caso de los juegos de suerte y azar, se orientan al sector de la salud, como se ha señalado.

Ahora bien, respecto de la remuneración a favor de la entidad contratante en la concesión de los distintos juegos de suerte y azar y la forma en que deben ser operados conforme a su naturaleza, se destacan las reglas de los denominados "juegos novedosos", de particular relevancia en este caso, que corresponden a cualquier modalidad de juegos, distintos de las loterías tradiciones o de billetes, de las apuestas permanentes y de los demás juegos a los que se refiere la ley, como, por ejemplo, *"la lotto preimpresa, la lotería instantánea, el lotto en línea en cualquiera de sus modalidades, apuestas deportivas o en eventos y todos los juegos operados por internet, o por cualquier otra modalidad de tecnologías de la información que no requiera la presencia del apostador"* (art. 38 de la Ley 643 de 2001). Respecto de estos juegos novedosos, el artículo citado dispone que los derechos de explotación equivaldrán, como mínimo, al 17% de los

⁷⁷ Conforme a lo indicado en providencia de la Corte Constitucional, *"el monopolio rentístico es un instrumento que protege la explotación de determinadas actividades económicas para que el Estado se procure cierto nivel de ingresos con el fin de atender sus obligaciones. Para el Estado la finalidad del monopolio no es excluir la actividad económica del mercado sino reservarse una fuente de recursos económicos que le reporte su explotación"*. Sentencia de constitucionalidad C- 540 de 2001 del 22 de mayo de 2001, expedientes D - 3265 y 3257, Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

ingresos brutos, y "cuando se operen juegos novedosos en los cuales el retorno al jugador de acuerdo con el reglamento del juego sea igual o superior al 83% los derechos de explotación tendrán una tarifa mínima del 15% sobre los ingresos brutos menos los premios pagados".

El Contrato de Concesión que verse sobre tal monopolio rentístico tiene como referentes las consideraciones precedentes, esto es, que se trata de una actividad que el Estado como titular único delega o permite que sea objeto de explotación por los particulares, en virtud de permisión legal y que debe remunerarse, es decir, que el particular que la explote por habilitación del Estado ha de pagarle o compensarle la posibilidad que tiene de desarrollarla, justamente –entre otros aspectos- sobre esa remuneración se contrae la controversia que trata el presente trámite arbitral. La ley 643 de 2001 *"por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar"*, señala para sus destinatarios (departamentos, distrito capital de Bogotá y los municipios) la racionalidad económica en la operación como uno de los criterios que rigen la explotación, organización, administración, operación, fiscalización y control de juegos de suerte y azar, para garantizar la rentabilidad y productividad necesarias para el cabal cumplimiento de los fines del monopolio. El Tribunal destaca, entonces, que no puede haber actividad económica asociada con la gestión de los juegos de suerte y azar que no genere recursos para la salud y que no puede haber actividad concesionada sin retribución o compensación económica para la entidad pública concedente con el criterio de la racionalidad económica, esto es, la cualidad de racional, es decir, que esté dotado de razón o que no contenga cantidades irracionales, conforme las acepciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Los beneficios económicos y demás provechos que procure obtener la entidad pública concedente y que deba atender el particular que desee adelantar esas tareas de explotación deben tener como indispensable antecedente los pliegos de condiciones y demás estudios que se estimen indispensables, en virtud del principio de planeación propio de la contratación administrativa y, en general, de la función pública como lo desarrolla la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁸.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Diciembre 3 de 2007, citada en la publicación *"La explotación del juego de apuestas permanentes o chance"*, de la Presidencia de la República y de la Procuraduría General de la Nación, abril de 2014, página 18.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Uno y otro elementos (remuneración y sujeción a los pliegos y estudios previos) tienen especial incidencia en el análisis que hace el Tribunal al desatar la controversia sometida a su determinación. Los dos elementos son relevantes para las partes del contrato de concesión. Lo primero (remuneración) pues corresponde a la expectativa económica que anima al Estado a seleccionar un concesionario y a celebrar un contrato de concesión, al paso que lo segundo (sujeción a los pliegos de condiciones y estudios previos, también susceptibles de denominarse documentos preparatorios) se erige en un referente objetivo para la gestión contractual del concesionario tanto en lo que puede constituir su perspectiva de ganancia razonable o en las cargas que haya de asumir, junto con las oportunidades de cumplimiento de las mismas.

c. Referencia a la modalidad de juegos novedosos

El artículo 38 de la Ley 643 de 2001 creó una categoría de juegos de suerte y azar que denominó como "juegos novedosos", a los que se hizo referencia en precedencia, de la que hace parte el BALOTO. La operación y explotación de estos juegos a través de terceros se encuentra reglamentada en el Decreto 2121 de 2004.

El artículo 2º de este Decreto define la operación a través de terceros como *"aquella que se realiza por personas jurídicas, mediante contratos de concesión celebrados con ellas por la Empresa Territorial para la Salud ETESA, en los términos definidos por la Ley de Régimen Propio de los Juegos de Suerte y Azar, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas reglamentarias de dichos ordenamientos o las disposiciones que las modifiquen o sustituyan"*.

Previo al inicio del proceso contractual destinado a la selección del concesionario, será necesario contar con un reglamento para cada modalidad de juego, aprobado y expedido por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar, que determinará el monto de los derechos de explotación aplicable, que en ningún caso podrá ser inferior al diecisiete (17%) de los ingresos brutos del juego, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 643 de 2001. Para la liquidación de estos derechos de explotación, los ingresos brutos del juego corresponden al valor total de las apuestas sin incluir el valor del impuesto sobre las ventas. Igualmente, el concesionario deberá reconocer, a título de gastos de administración, un porcentaje definido por la entidad

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

contratante que no podrá ser superior al uno por ciento (1%) de los derechos de explotación o al porcentaje que una ley posterior determine.

El Decreto 2121 de 2004 regula entonces, de manera particular, el régimen de contraprestaciones en el marco de los contratos de concesión de juegos novedosos de suerte y azar, fijando un tope mínimo por derechos de explotación y un tope máximo por gastos de administración.

2.1.2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 887 DE 2011

2.1.2.1. Antecedentes

Previo la celebración del Contrato de Concesión No. 887 de 2011, la operación y explotación del juego de suerte y azar Loto en Línea – BALOTO, se instrumentó en dos contratos: (i) el Contrato No. 117 de 1999 y (ii) el Contrato de Concesión 851 de 2010.

a. El Contrato No. 117 de 1999

El primero de los contratos señalados se suscribió el 22 de diciembre de 1999 entre la entonces Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S.A. ECOSALUD S.A. y la sociedad Gtech Foreign Holdings Corporation, que tuvo por objeto el diseño, montaje, instalación, implementación y operación del Baloto, así:

"CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga a desarrollar y ejecutar las actividades contenidas en la propuesta presentada y en especial a lo siguiente: a) DISEÑAR el Sistema (como se define más adelante) de apuestas en línea para el juego denominado LOTO EN LINEA para todo el territorio nacional; b) HACER EL MONTAJE de todos los equipos y elementos que comprendan el Sistema para operar el juego mencionado en todo el territorio nacional; c) INSTALAR E IMPLEMENTAR todos los equipos, servicios de tecnología y comunicaciones del Sistema, en los lugares ubicados inicialmente en las siguientes ciudades: SANTAFE DE BOGOTÁ D.C., CALI, MEDELLIN y BARRANQUILLA; y luego d) OPERAR el juego denominado LOTO EN LINEA inicialmente en las ciudades citadas en el literal precedente, el cual se extenderá a todo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

el territorio nacional, de acuerdo al Plan de Expansión que figura en la página 5-40, capítulo 5, folio 134 de la propuesta origina de fecha 20 de septiembre de 1999 y la cual hace parte integral del presente contrato (en adelante «Plan de Expansión»). Todos los equipos y demás elementos descritos en la propuesta se denominan para efectos del presente contrato «el Sistema». PARAGRAFO PRIMERO: EXPANSION DEL SISTEMA.- Al cumplirse el primer año de operaciones del sistema, este deberá haberse ampliado en por lo menos mil diez (1.010) terminales más para completar dos mil veinte (2.020) en el primer año de operaciones. Al cumplirse el segundo año de operaciones por lo menos otras (1.000) terminales más y así sucesivamente hasta completar cinco mil (5.000) terminales o más, de acuerdo a los requerimientos y demandas que presenten los resultados del juego desde el punto de vista financiero, técnico, económico y comercial durante el año de operaciones anterior. Los cuatro mil (4.000) terminales adicionales referidos anteriormente, se instalarán de conformidad con las investigaciones de mercado que para el efecto se obliga a adelantar EL CONTRATISTA y en base al Plan de Expansión (...).⁷⁹

Se pactó una duración de diez (10) años contados a partir de la puesta en marcha de la operación del juego, término que podría ser prorrogado hasta por cinco (5) años más (cláusula segunda). El valor del contrato se pactó en el 29.07% del valor presente neto de las ventas brutas, que corresponde al porcentaje de transferencias al sector salud; sin embargo, en el parágrafo primero de la cláusula tercera se estipuló que las transferencias al sector salud y los derechos de explotación se pagarían así: el 17% de las ventas brutas para el primer año de operaciones, el 20% de las ventas brutas para el segundo año, el 21% para el tercer año, el 31% para el cuarto año y el 32% para los años siguientes.

Dentro de las obligaciones del Contratista, en el literal c) de la cláusula novena se pactó que el Sistema y todos los juegos que a través él se realizaran debía operar, con la expresa autorización de la entidad concedente, bajo la única y exclusiva responsabilidad del Contratista. También se convino en el parágrafo

⁷⁹ Contrato No. 11-99 para la explotación del juego denominado Loto en Línea. Páginas 4-5. Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 30-31.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

de la mencionada cláusula que la entidad contratante autorizaba al Contratista para la utilización del Sistema para otros servicios o juegos que no fueran de competencia de la concedente, y a cambio el contratista debería pagar una contraprestación del 7% sobre los ingresos brutos obtenidos.

Finalmente, en cuanto a los aspectos que resultan relevantes para el caso bajo estudio, se destaca la cláusula vigésima séptima sobre reversión, de conformidad con la cual, al finalizar el término del contrato o de su prórroga, si la hubiere, el Sistema pasaría a ser propiedad de la concedente ECOSALUD S.A., sin lugar a pago o compensación al Contratista. En todo caso, este último conservaría: (i) la propiedad intelectual de los elementos del Sistema y del software; y (ii) la propiedad de las licencias de comunicaciones. Se señala entonces que las partes acordarían los pagos que ECOSALUD debería realizar al Contratista en caso de que deseara continuar utilizando el software de propiedad del concesionario.

Este Contrato fue objeto de las siguientes modificaciones:

- Otrosí No. 1 de 28 de diciembre de 2000, por medio del cual se modificaron algunas cláusulas del contrato para dar cumplimiento a lo señalado en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 12 de octubre de 2000, luego de que el Gobierno elevara una consulta sobre su naturaleza y remuneración. La modificación tuvo por objeto, principalmente, precisar que se trataba de un contrato de concesión, en virtud del cual ECOSALUD, como titular del monopolio del juego Loto en Línea, autorizaba al concesionario su explotación y operación. También se señaló que el valor del contrato sería determinable con base en el 31.3% del valor presente neto de las ventas brutas calculadas en el término de duración. Igualmente se modificaron los literales c) y h) de la cláusula novena para señalar que el contratista, con autorización previa, expresa y escrita, podía utilizar el sistema para otros juegos que fueran de competencia de ECOSALUD, que se contratarían de conformidad con la Ley 80 de 1993. Asimismo, la modificación de estos literales se orientó a precisar como obligación del contratista, la de abstenerse de operar en el Sistema, juegos o servicios ajenos al objeto del contrato. Y se estipuló que el contratista podía utilizar el Sistema para operar otros juegos que no fueran de competencia de ECOSALUD, previo visto bueno de la entidad contratante y acuerdo sobre la contraprestación. Finalmente, en lo relativo a la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

reversión, se destaca que se modificó la cláusula vigésima séptima del contrato para señalar que, luego de la reversión, ECOSALUD tendría derecho al uso o a la licencia de uso del software del Sistema para los juegos de su competencia, y cuando decidiera utilizarlo, estaría obligada a mantener la confidencialidad, pero sin que se causara derecho o pago alguno a favor del contratista, y éste último sólo conservaría la propiedad intelectual sobre el Sistema y el software y los derechos conferidos por las licencias de comunicaciones.⁸⁰

- Otrosí No. 2 de 24 de enero de 2001, por medio del cual se modificó, principalmente, la cláusula cuarta relativa a la contraprestación del contratista como consecuencia de la inclusión del Anexo 1 al contrato.⁸¹
- Otrosí No. 3, por medio del cual se modificó la contraprestación a favor de la entidad contratante ETESA (antes ECOSALUD) y se regularon las condiciones relacionadas con la explotación del juego de Apuestas Permanentes denominado PAGATODO a través del Sistema por el que se operaba el BALOTO.⁸²
- Otrosí No. 4, por medio del cual se modificó el párrafo segundo de la cláusula primera, en el sentido de señalar que ante los diferentes imprevistos que se podían presentar en la instalación de las terminales dentro de los plazos previstos, habría incumplimiento del contratista si al finalizar cada periodo no hubiera instalado por lo menos el 95% del total de las terminales acordadas en el plan anual de expansión.⁸³
- Otrosí No. 5 de 14 de julio de 2004, por medio del cual se acordó que el Sistema podía ser utilizado para la venta del SUPERASTRO y, como contraprestación, ETESA recibiría el equivalente al 1.2% de las ventas brutas derivadas de su operación, mientras que el contratista recibiría la remuneración que directamente acordara con el operador o sus distribuidores.⁸⁴

⁸⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 50-76.

⁸¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 77-79.

⁸² Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 80-83.

⁸³ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 84-85.

⁸⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 86-89.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

- Otrosí No. 6 de 30 de agosto de 2004, por medio del cual se modificó la cláusula primera en el sentido de señalar que el contratista podía usar el Sistema para la venta de lotería tradicional y, como contraprestación, ETESA recibiría el equivalente al 7% de los ingresos brutos que recibiera el contratista por la venta de la lotería a través del sistema.⁸⁵
- Otrosí No. 7 de 24 de agosto de 2006, por medio del cual se acordó que el Sistema podía ser utilizado parcialmente para el desarrollo y la ejecución del proyecto de servicios comerciales de GTECH COLOMBIA, y que ETESA recibiría como contraprestación el equivalente al cinco por ciento (5%) de las sumas que GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION Sucursal Colombia recibiera de GTECH COLOMBIA.⁸⁶

Respecto de la terminación de este contrato, tanto la Convocante como la Convocada coinciden en que tuvo lugar el 17 de enero de 2011.

b. El Contrato No. 851 de 2010

El 24 de diciembre de 2010 se suscribió entre la Empresa Territorial para la Salud ETESA en Liquidación y Gtech Foreign Holdings Corporation Sucursal Colombia, el denominado "CONTRATO DE CONCESIÓN 0851 PARA LA OPERACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL JUEGO DENOMINADO LOTO EN LÍNEA – BALOTO". Dentro de las consideraciones de este contrato se consignó que, como consecuencia de algunas controversias surgidas entre las partes, el entonces Ministro de la Protección Social elevó una consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, relacionada con la posibilidad de prorrogar el contrato No. 117. El concepto correspondiente, emitido el 19 de mayo de 2010, señaló que los contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley 643 de 2001 debían terminar al vencimiento del plazo pactado y no se podían prorrogar.

También se señala en las consideraciones que motivaron la celebración del contrato 851, que ETESA entró en liquidación por orden del Decreto 175 de 2010 y adelantó, simultáneamente, los trámites para la terminación del contrato No. 117 y la reversión del Sistema, y que, igualmente, la entidad estatal dio inicio a las actuaciones tendientes a un proceso licitatorio para la adjudicación

⁸⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 90-94.

⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios 95-101.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

de la operación del BALOTO. Se indica que este proceso licitatorio fue suspendido debido a las dificultades que se presentaron en la reversión, puesto que resultaba imposible adelantar la contratación de un nuevo operador antes del vencimiento del plazo del contrato No. 117, esto es, antes del 17 de enero de 2011. Teniendo en cuenta la imposibilidad de acudir a los procedimientos establecidos en la ley para la selección de contratistas, con fundamento en el literal a) del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007 y en la recomendación del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) de ETESA en liquidación, mediante Resolución 1616 de 2010 se declaró la urgencia manifiesta. El contratista, por su parte, manifestó su interés en continuar con la operación y explotación del BALOTO, bajos las mismas condiciones en que operaba para la fecha y por el término de quince (15) meses.

Establecidos los antecedentes que llevaron a la celebración del contrato 851 de 2010, debe señalarse que el objeto del contrato se pactó en los siguientes términos:

*"PRIMERA: OBJETO.- El objeto del presente contrato lo constituye la concesión de la explotación y operación en todo el territorio nacional, con exclusividad, del juego sistematizado, en línea y tiempo real de tipo novedoso denominado LOTO EN LÍNEA - BALOTO, que hace ETESA en Liquidación a favor del CONCESIONARIO, parte esta última que se obliga a operar dicho juego por su propia cuenta y riesgo, pagando como contraprestación los derechos de explotación y gastos de administración a que hace referencia la Ley 643 de 2001, modificada por la Ley 1393 de 2010."*⁸⁷

En la cláusula segunda se señaló que, con la firma del contrato, ETESA en liquidación hacía entrega del Sistema a través del cual se corre el BALOTO, que debería ser devuelto a la terminación del contrato, *"junto con la documentación correspondiente y según lo acuerde ETESA EN LIQUIDACIÓN, como parte del proceso de liquidación del contrato C-117-99, con el actual concesionario"*.

Como plazo de ejecución se pactó el término de quince (15) meses contados a partir de la constitución y aprobación de la garantía única de cumplimiento, que debería darse a más tardar el 18 de enero de 2011. El valor del contrato se fijó

⁸⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folios 130-131.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

con base en un porcentaje único del 32% de las ventas brutas efectivamente realizadas por el concesionario, por concepto de derechos de explotación y gastos de administración.

Las obligaciones del contratista fueron definidas en la cláusula octava, de las que se destaca el literal b), en el que se estipuló que *"ETESA EN LIQUIDACIÓN de manera expresa y escrita, en desarrollo de este contrato autoriza la utilización del Sistema por parte del CONCESIONARIO para la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA, así como para la operación y explotación de otros juegos o servicios comerciales, que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema"*. Correlativamente, en el literal a) de la cláusula novena, sobre las obligaciones de ETESA, se señaló que la entidad concedente autoriza al contratista a utilizar el Sistema para la operación y explotación del BALOTO y de los demás juegos o servicios que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema.

Sobresale igualmente que en el literal d) se pactó que el concesionario suministraría a ETESA *"la información correspondiente a los contratos que se requieren para la continuidad de la operación del SISTEMA, excluyendo la información correspondiente a las condiciones contractuales de la red comercial del CONCESIONARIO, e incluyendo, pero sin limitarse a ellos, los contratos de arrendamiento suscritos con los propietarios de los espacios en los cuales se encuentran instaladas las antenas de transmisión, los contratos de mantenimiento para los equipos que componen el SISTEMA"*.

Según se afirma en la demanda, y así lo reconoce la convocada, el contrato finalizó con el acta de liquidación suscrita el 18 de noviembre de 2013.

2.1.2.2. Documentos preparatorios del Contrato de Concesión No. 887 de 2011

Previo a la celebración del Contrato de Concesión No. 887 de 2011, objeto del presente trámite arbitral, se dio apertura a la Licitación Pública No. 001 de 2011, cuyo objeto, de conformidad con el pliego de condiciones definitivo de 2 de marzo de 2011⁸⁸, era *"concesionar la operación de un juego de suerte y azar tipo novedoso denominado Loto el Línea – BALOTO, sistematizado, en línea y*

⁸⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folios 152-310.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

tiempo real, por medio del contrato estatal de concesión en los términos previstos en la ley 643 de 2001, la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, sujetándose en cuanto a las reglas del juego al acuerdo 054 de 2010 emitido por el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar". Junto con el pliego de condiciones, la entidad publicó los estudios previos del proceso que se anexaron al mismo⁸⁹, en los que se describe la necesidad que la entidad pretende satisfacer con la contratación, que se concreta en impulsar y generar recursos para financiar el sector salud, mediante la explotación directa o indirecta del monopolio de los juegos de suerte y azar, en concreto la explotación de los juegos novedosos. Los estudios previos también contienen el soporte del valor estimado del contrato y establecen la tipificación, estimación y asignación de riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato, como el hurto; los daños ocasionados por delincuencia común; los sobrecostos por indebido control técnico, profesional, administrativo o financiero del contratista; riesgos tributarios; riesgos del personal; daños o perjuicios causados por terceros; variación de utilidades o pérdidas; riesgo en la obtención de permisos, licencias y autorizaciones, errónea consideración en la ejecución del alcance del contrato; decisión del gobierno nacional que impida la ejecución del contrato; y riesgo moral.

Una vez abierta la Licitación Pública No. 001, el 4 de marzo de 2011 se realizó la audiencia de aclaración del pliego de condiciones⁹⁰ y el 11 de marzo se emitió respuesta a las observaciones realizadas al proyecto de pliego de condiciones por parte de la sociedad Corredor Empresarial S.A.

El 23 de marzo de 2011 se profirió la Adenda No. 1 al pliego de condiciones⁹¹, con la que se modificaron el cronograma, la proyección de ventas, la Cuenta de Gastos de Administración de la Fiducia y la minuta del contrato. En esta misma fecha, 23 de marzo de 2011, la entidad contratante dio respuesta a las solicitudes de aclaración adicionales presentadas por los interesados mediante escritos posteriores a la audiencia de aclaración de pliegos.

Finalmente, el 5 de abril de 2011, la entidad contratante profirió el documento de respuesta a las aclaraciones adicionales, presentadas por Corredor

⁸⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folios 321-343.

⁹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 80-89 (incluido reverso).

⁹¹ Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 179-190.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Empresarial S.A., GTECH DE COLOMBIA S.A. y la Organización FEMSO Colombia.

2.1.2.3. Adjudicación, celebración e inicio del Contrato de Concesión No. 887 de 2011

Luego de la etapa de evaluación de ofertas, el 3 de junio de 2011 se llevó a cabo a la audiencia pública de adjudicación y se profirió la Resolución No. 0731 de la misma fecha, por medio de la cual se adjudicó la Licitación Pública 001 de 2011 al proponente GTECH S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA⁹². En virtud de esta adjudicación, el 13 de junio de 2011 se suscribió el Contrato de Concesión No. 887 de 2011 entre ETESA EN LIQUIDACIÓN, en su calidad de concedente, y GTECH S.A.S. en su calidad de concesionario, por un término de cinco (5) años.

El Acta de Inicio de la ejecución del Contrato se suscribió el 19 de abril de 2012⁹³, luego de que el 18 de abril de 2012 se hubiera suscrito el Acta de Cierre de la Etapa Preoperativa⁹⁴.

2.1.2.4. Naturaleza y régimen jurídico del Contrato de Concesión No. 887 de 2011

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que son contratos estatales "*todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad*". Dentro de las entidades estatales a las que se refiere la ley se encuentran, en el numeral 1º del artículo 2º, las empresas industriales y comerciales del Estado.

En el presente caso, COLJUEGOS (antes ETESA EN LIQUIDACIÓN) es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, creada mediante Decreto 4142 de 2011, de manera que, atendiendo al criterio subjetivo de la Ley 80, los contratos que celebre tienen la característica de ser contratos estatales. En consecuencia, el Contrato de Concesión No. 887 de 2011 es un contrato estatal

⁹² Cuaderno de Pruebas No. 3. Folios 259-265.

⁹³ Cuaderno de Pruebas No. 3. Folios 291-292.

⁹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 3. Folios 296-298.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

de concesión que versa sobre la explotación del monopolio de arbitrio rentístico de juegos de suerte y azar, que se rige, principalmente, por lo dispuesto en la Ley 643 de 2001 y sus decretos reglamentarios y, en lo no previsto en dicha regulación, por la Ley 80 de 1993.

2.1.3. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO PRIVADO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

2.1.3.1. Generalidades

Sin duda, una de las actividades de mayor trascendencia, de esmerado y solícito cuidado en la esfera jurídica, desde tiempos inmemoriales, estriba en la interpretación, la que además no oculta, ni ha ocultado su acendrada complejidad, pues se trata de fijar, *grosso modo*, el contenido y el alcance de un determinado 'sujeto-objeto', de ordinario una norma o un conjunto de normas jurídicas emanadas *ex ante* de una autoridad legislativa preconstituida (acto de soberanía *legis*), o de las partes en un contrato, en desarrollo de la autonomía -o iniciativa- privada, entre otras hipótesis más.

No es de extrañar entonces que buena parte de la actividad *iuris*, directa o indirectamente, se lleve a cabo con fundamento en la interpretación, máxime tratándose del ejercicio judicial, en el que interpretar se convierte en el oficio basilar, en el quehacer cotidiano de los jueces, bien en relación con la constitución y la ley (en sentido material), bien respecto de conductas -e inconductas- de los justiciables o terceros, bien frente a los contratos, o testamentos, o de cara al acerbo probatorio, entre numerosos supuestos más.

Todo ello refrenda que la interpretación, en cualquiera de sus extendidos predios y manifestaciones, privilegie la actuación de los actores jurídicos -u 'operadores'-, lo que se hace más visible en la hora de ahora, dado que como lo realza el profesor argentino RODOLFO L. VIGO, "*La teoría de la interpretación jurídica pasa especialmente en el ámbito del derecho continental, por un momento de esplendor, quizás como nunca en la historia del pensamiento jurídico*"⁹⁵.

Por eso, todos los contratos, en sí mismos considerados, hoy por hoy son pasibles de ser interpretados, más allá de que registren alguna patología,

⁹⁵ RODOLFO L. VIGO. *Interpretación jurídica*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 13.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

vicisitud, opacidad, contradicción, incoherencia, ambigüedad, etc., viraje éste que, con creces, consecuente y convenientemente, ha ampliado el espectro hermenéutico-negocial, toda vez que su interpretación es la constante, sin que para ello medien condicionamientos tales que, a la postre, resultaban irrazonables, puesto que lo mínimo que debe hacerse para concluir que un acuerdo de voluntades no es diáfano o claro (*primus*), es precisamente interpretarlo: auscultarlo, valorarlo, recorrerlo y pesarlo, lo que se traducía en una ostensible petición de principio. Por eso es por lo que ha sido revaluada la regla latina *in claris non fit interpretatio*⁹⁶.

Esclarecido lo que antecede, corresponde memorar que la 'interpretación de los contratos', denominación de origen legal (Título XIII, Libro 4, Código Civil), a diferencia de algunos códigos decimonónicos, orgánicamente está disciplinada en la codificación civil, al igual que, en lo pertinente, en la mercantil, sin perjuicio de sustantivas remisiones legislativas, *v.gr*, como tiene lugar en la órbita contractual de la administración pública, según se subrayará (Ley 80 de 1993).

2.1.3.2. La interpretación del contrato en los campos civil, comercial y administrativo.

Prima facie, bien podría pensarse que el acto de interpretación, o que la operación interpretativa, en sí misma considerada, podría variar en función de la naturaleza u origen contractual respectivo, en cuyo caso interpretar un contrato civil podría ser diferente a interpretarlo en sede comercial, y también en la administrativa ('contratación administrativa').

Sin embargo, sin perjuicio de algunas matizaciones inherentes a las materias en comento, *stricto sensu*, dicha trilogía se gobierna por postulados, derroteros y coordenadas comunes, pues en esencia el acto de interpretación es uno, se

⁹⁶ No en balde, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de febrero de 2008, complementariamente a otras providencias en las que cuales se examinó el mismo tema, confirmó que, "...la interpretación del negocio jurídico, es necesaria no sólo respecto de cláusulas oscuras, ambiguas, imprecisas, insuficientes e ininteligibles, antinómicas y contradictorias o incoherentes entre sí o con la disciplina normativa abstracta o singular del acto, sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas (*in claris non fit interpretatio*) y aún frente a la claridad del lenguaje utilizado, cuando las partes, un o ambas, le atribuyen un significado divergente, no siendo admisible al hermeneuta restringirse al sentido natural u obvio de las palabras, a la interpretación gramatical o exegética, al escrito del acto dispositivo documental o documentado "por claro que sea el tenor literal del contrato" (cas. civ. agosto 1/2002, exp. 6907), ni "encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato..." (cas.civ. junio 3/1946, LX, 656).

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

reitera, con las particularidades propias de cada disciplina, que al no ser plenamente absorbentes no se justifica la adopción individual de tres modelos disímiles, tan alejados entre sí que cada uno se apropie de realidades autonómicas que desaconsejen su unidad, específicamente un tejido común, en lo fundamental.

Es en consonancia con lo expresado, que el artículo 822 del Código de Comercio es inequívoco al confirmar la conexión preexistente entre el régimen civil y el mercantil en materia interpretativa, a cuyo tenor: *"Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa"* (se destaca).

Y lo propio hace el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, con base en la cual se adoptó el vigente "Estatuto General de Contratación Administrativa", el que señala que *"Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley"* (se destaca). Y sabido es que la interpretación, *per se*, no es una materia regulada y desarrollada en el citado estatuto, siendo entonces menester la remisión efectuada a los ordenamientos comercial y civil, y en especial a los artículos 822 y 1618 a 1624 de las codificaciones comercial y civil -en lo aplicable-, respectivamente, lo que no quiere significar que la axiología, el techo ideológico y la principalística que informan la contratación administrativa no resulten de singular interés, y aplicación.

Muy por el contrario, ellas suelen enriquecer y cualificar el acto de interpretación contractual, sin que por eso se desdibujen -o inviertan-, *ab origine*, los lineamientos nucleares que escoltan la hermenéutica negocial en el Derecho privado, obviamente en el natural y plausible entendido de que uno de los celebrantes es el Estado, lo que reafirma la entronización y ponderación- de fines y principios especiales (arts. 3 y 23, *ibidem*), así como la existencia de un vigoroso deber de cooperación que se radica en cabeza de *"los particulares... en el logro de sus fines"*, quienes *"...cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones"* (art. 3, Ley 80 de 1993).

Dichos aspectos no se pueden, ni se deben soslayar, porque a sabiendas de su existencia, aquellos conscientemente contratan (normas imperativas, además que de orden público), lo que no es insustancial, en especial para el intérprete,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

máxime cuando el inciso segundo del referido artículo 3 es perentorio al disponer que *"Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con entidades estatales que, además de la obtención de utilidades..., colaboran con ellas en el logro de sus fines"*, se reitera (se destaca).

Como tampoco se pueden desconocer dos normas complementarias: los artículos 23 y 28 del Estatuto de contratación estatal, ciertamente elocuentes, con sujeción a las cuales *"Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de los contratos, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo"* (artículo 23. "De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales").

Y el artículo 28, relacionado con la interpretación de las reglas contractuales, según el cual *"En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos"* (se destaca).

Sobre el mismo particular hermenéutico, en el plano jurisprudencial, el H. Consejo de Estado, en general, ha puesto de relieve que *"...cabe advertir que, por vía de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 en materia de contratación estatal, cobran vigor las reglas de interpretación de los contratos recogidas en el Código Civil"*⁹⁷.

Y también ha manifestado, en forma más específica, que *"Toda vez que el contenido del contrato no resulta suficiente para satisfacer el interrogante planteado y dado que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública no contiene reglas especiales en materia de interpretación del contrato estatal, resulta necesario en este caso acudir a los criterios de interpretación previstos en el Código Civil Colombiano, incorporados al Estatuto General de Contratación en virtud de lo normado por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y también por*

⁹⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 5 de julio de 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*remisión del Código de Comercio, en el evento de que el contrato se celebre con un comerciante, a la luz de lo dispuesto por el artículo 28 de la misma Ley 80 respecto de los criterios de interpretación de los contratos estatales*⁹⁸.

E incluso, de manera aún más detallada, el H. Consejo de Estado igualmente ha reseñado lo siguiente:

"Estima la Sala pertinente precisar que las precitadas reglas legales de interpretación de los contratos resultan válidamente aplicables en el ámbito de la contratación estatal puesto que como se explicará a continuación, los principios orientadores que recoge y consagra el artículo 28 de la Ley 80 para la correcta aplicación de las reglas de hermenéutica en materia contractual, cuando de vínculo de naturaleza estatal se trata, en realidad no se ocupan de desarrollar con detalle y de manera específica la forma en la cual han de ser interpretados los aludidos contratos estatales y, por ello mismo, no habría lugar, en los términos del artículo 13 de la citada Ley 80, a excluir por completo la aplicación de las normas legales correspondientes que sobre esas precisas materias contienen los estatutos mercantil y civil sobre la base, que obviamente resultaría equivocada, de considerar el tema en cuestión estaría debida y completamente regulado a través de la norma propia del Estatuto de Contratación Pública (Artículo 28).

"...De todos modos, en aquellos casos —como en el sub lite— en los cuales el Juez deba valerse de distintas herramientas interpretativas con el fin de dar claridad a pasajes oscuros en el contenido de las estipulaciones del contrato estatal o cuando se pretende desentrañar la voluntad o la intención real de los sujetos de dicho vínculo negocial, lo cierto es que los parámetros hermenéuticos provistos por el aludido artículo 28 del Estatuto de Contratación Estatal resultan insuficientes para acometer la anotada labor, pues si bien es verdad que dicho precepto consagra unos principios de interpretación que orientan, inspiran o informan la referida actividad, no es menos cierto que tales previsiones no constituyen reglas interpretativas precisas como las que sí se encuentran plasmadas en el Código Civil; esta materia, por tanto, no es desarrollada detalladamente y menos

⁹⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 24 de mayo de 2012.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

agotada, por el multicitado artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el cual debe ser aplicado, consiguientemente, de manera complementaria con las disposiciones del Código Civil que se ocupan del tema, sin que con ello se desconozca lo normado por el artículo 13 de la Ley 80 en comento, por cuya virtud los contratos estatales se registrarán exclusivamente por lo preceptuado en este último cuerpo normativo en las materias particularmente reguladas en él”.

"En ese orden de ideas, la referidas reglas de interpretación, cuya aplicación a los contratos estatales debe llevarse a cabo atendiendo a los principios enunciados en el varias veces aludido artículo 28 de la Ley 80 de 1993, son aquellas que se hallan previstas entre los artículos 1618 y 1624 del Código Civil....⁹⁹.

Y en la esfera arbitral, entre varios pronunciamientos, resulta pertinente traer a colación el Laudo del 25 de julio de 2017, en el que se plasmó lo siguiente:

"...al interpretar un contrato estatal, es menester tener en cuenta los fines y principios de que trata la ley. Así las cosas, deberán considerarse a este propósito, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, al unísono con lo contemplado por el artículo 25-3, ídem. Adicionalmente, es necesario incorporar los mandatos de la buena fe, el principio de igualdad, así como el equilibrio que debe existir entre prestaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos”.

"En este sentido el Consejo de Estado ha precisado que la mencionada regla de interpretación prevista en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 no significa que en los contratos estatales no deban aplicarse las reglas de interpretación que fija el Código Civil.

"Lo anterior pone de relieve que el referido artículo 28 de la Ley 80 antes que ocuparse de regular en detalle la materia relacionada con la interpretación misma de los contratos

⁹⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 9 de mayo de 2012.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

estatales o de establecer reglas específicas para que se pueda alcanzar el correcto y adecuado entendimiento de cada contrato estatal o de las estipulaciones que lo integran - materias acerca de las cuales existen regulaciones legales detalladas como las que contienen los artículos 1618 a 1624 del Código Civil -, dicho artículo 28 se limitó a establecer y señalar los Principios que deberán considerarse de manera especial cuando se pretenda efectuar - como ya se indicó- tanto la interpretación concreta y específica de un determinado contrato estatal como la interpretación de las normas legales que deban aplicarse, observarse o seguirse para lograr el entendimiento del sentido y alcance de las correspondientes estipulaciones contractuales.

"Así pues, la Sala no advierte colisión alguna entre la regulación que contiene el artículo 28 de la Ley 80 y aquellas disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio que se ocupan de determinar la forma en que cada operador judicial debe proceder para realizar la interpretación de un determinado contrato, sino que, muy por el contrario, lo que encuentra es que el contenido del tantas veces citado artículo 28 se erige en un complemento o, mejor aún , en un presupuesto indispensable que ha de guiar y permitirá adaptar al terreno de los contratos estatales el entendimiento de aquellas normas legales que, en los estatutos mercantil y civil, regulan con detalle la materia propia de la interpretación de los contratos.

"Así pues, lo que se tiene, a partir de los mandatos contenidos en el tantas veces citado artículo 28 de la Ley 80, es que las reglas legales especiales que desde los Códigos de Comercio y Civil regulen la materia de interpretación de los contratos, son normas que en el campo de la contratación estatal deben leerse, entenderse, interpretarse y, desde luego, aplicarse con sujeción a los Principios y directrices que señala el artículo 28, por manera que ese contexto integrado por i) los fines y los principios de que trata la ley 80; ii) los mandatos de la buena fe, y iii) la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos, permitirá matizar o incluso llenar de contenido disposiciones tales como las de los eludidos artículos 1618 a 1624 del Código Civil, a cuyo tenor:.... "

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"De lo anterior se concluye entonces que las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil son aplicables a los contratos estatales, pero siempre teniendo en cuenta los criterios fijados por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, esto es, los fines y los principios de que trata la Ley 80; los mandatos de la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos."¹⁰⁰

Y a su vez el Laudo del 8 de junio de 2016, en el que se concluyó que, *"De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, esta última ya decantada, han abogado por apreciar que el contrato estatal no tiene raigambre propia, sino un origen fenomenológico atribuido indefectiblemente al derecho privado, de donde tomó su esencia y estructura, con la sola reserva de algunos específicos aspectos de relevancia propia, como lo son por ejemplo las cláusulas excepcionales y los procedimientos de selección, sometidos a régimen especial que rompe la conmutatividad y genera asimetría inter partes, justificado ello en atención al interés general que corresponde prohiar al Estado que obra como cocontratante"*¹⁰¹.

En síntesis, hay claridad en que el régimen hermenéutico de los contratos estatales es mixto, combinado o dual, en la inteligencia que convergen dos dimensiones básicas: la *jusprivatista*, y la *juspublicista*, ambas necesarias, amén que complementarias, pues ninguna es autosuficiente, ni en ninguna se agota

¹⁰⁰ Laudo arbitral proferido el 25 de julio de 2017, en el trámite de La Nación – Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones, y Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A., y Colombia Telecomunicaciones S.A., E.S.P, Cámara de Comercio de Bogotá.

¹⁰¹ Laudo del 8 de junio de 2016, Gran Tierra Energy Colombia LTD. y Petrolífera Petroleum (Colombia) Limited y Agencia Nacional de Hidrocarburos, Cámara de Comercio de Bogotá.

En el mismo laudo el Tribunal Arbitral expresó acerca del alcance de las citadas remisiones *ex lege*, *"...que gracias a la remisión efectuada tanto por la legislación mercantil (Código de Comercio), como por la legislación administrativa (Ley 80 de 1993), será menester auscultar y también aplicar la normatividad civil y comercial colombiana, muy especialmente los preceptos consagrados en los aludidos artículos 1618 a 1624 y demás normas concordantes. De ahí que desde la perspectiva normativa, sea el régimen civil el llamado primordialmente a guiar la hermenéutica contractual, no sólo en los contratos civiles, sino también en los comerciales y en los administrativos, salvo que mediere norma especial, en sí misma encaminada a ser aplicable de preferencia"*.

"Ello no se opone a que, en lo suyo, igualmente se apliquen disposiciones complementarias que contribuyan a fijar el contenido y el significado de las estipulaciones contractuales, tal y como sucede con los artículos 904 del C. de Co. y 3 de la Ley 80".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

la actividad hermenéutica, siendo entonces imperativo acudir tanto a las normas que gobiernan la interpretación civil y comercial, como a las que se ocupan de la materia en el Estatuto General de la Contratación Administrativa, en el Código Administrativo y Contencioso Administrativo y, claro está, en la Constitución Política, contentiva de importantes preceptos que pueden orientar al intérprete, especialmente en lo que respecta a los fines y principios de la actividad estatal, los que serán materia de puntual y ulterior referencia.

2.1.3.3. Primordiales principios y reglas que rigen la interpretación de los contratos en el Derecho colombiano y en el moderno Derecho contractual.

En estrictez, no hay un solo o único principio, regla, pauta, coordenada, derrotero, o postulado que, *in toto*, gobierne la interpretación de los contratos, así sea cierto que uno tenga un linaje prevalente, que es cosa muy diferente.

Por lo tanto, es en la pluralidad que la hermenéutica se teje y, por ende, se lleva y se debe llevar a cabo en la realidad del *casus*, como quiera que el intérprete, en guarda de poder realizar el relevante acto de interpretar lo que otros concibieron (terceros), está dotado de diferentes instrumentos que, *in complexu*, le permitirán cumplir de mejor y calificada manera su noble oficio, unos de índole subjetiva, otros de naturaleza objetiva, que se complementan para escoltarlo en su hierático objetivo.

Y si ello es así, como efectivamente lo es, luce conveniente pasarle revista a algunos de los principios y reglas primordiales, conformantes de un auténtico 'sistema' -y unidad-, que se nutre gracias a su convergencia e inclusión genética y funcional.

a. El principio rector de la búsqueda de la intención de los contratantes.

En consonancia con lo expresado con antelación, el Código Civil es pues el continente en el cual se plasmaron, *ab initio*, las normas que disciplinan la interpretación contractual, tanto en sede civil y comercial, como en sede administrativa, por expresa remisión realizada por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio, claro está, de algunas singularidades propias de los regímenes mercantil y de la contratación administrativa, como se anotó -y anotará-, las que no desvirtúan, empero, la amplitud legislativa del artículo 822 del C. de Co, y de la citada Ley 80, artículos 13 y 28, de lo que se desprende que en materia hermenéutica es el Código Civil, en armonía con la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

jurisprudencia aplicable y con la Constitución Política, en lo pertinente, el *corpus legis* primario, llamado, en tal virtud, a traducirse en la codificación guía, susceptible de ser enriquecida y particularizada con otras disposiciones legales, se itera, sobre todo de carácter administrativo, de destacado valor, tal y como se constató con antelación.

Así las cosas, con basamento en ella, importa poner de presente que los artículos 1618 a 1624 del C.C., giran en torno a un principio que, por su connotación y alcance, se ha estimado como 'principio rector', o como áurea 'regla superior' ('regla de oro'). Tanto que, a juicio de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 1618 del C.C. es una '*norma suprema*' (sentencia del 5 de septiembre de 1930), '*cardinal directriz*' (sentencia del 5 de julio de 1983), etc., precisamente en función de su centralidad y de su jerarquía, a lo que se suma su indiscutida imperatividad, razón por la cual está llamada a primar.

Es así como en diversas decisiones judiciales, la misma Corte ha manifestado que, "*...la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según lo preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por lo tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes; cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que éstos se propusieron al ajustar la convención*"¹⁰².

Por consiguiente, a la luz de la codificación civil vigente, la tarea del hermeneuta, en primer término, se circunscribirá a la búsqueda responsable de dicha 'intención de los contratantes', por cuanto tratándose de los contratos, se sobrentiende que el consentimiento es el fruto del encuentro de los asentimientos de las partes (art. 1494 del C.C), reflejo de su real *intentio*.

Tal búsqueda, en suma, persigue la fijación del contenido y el alcance del contrato celebrado, a partir de lo genuinamente querido por sus artífices -y no sólo por uno de los mismos-, vale decir su voluntad real¹⁰³, incluso más allá de lo que pudieren expresar las palabras por ellos empleadas, las que no siempre

¹⁰² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de julio de 1983.

¹⁰³ El Consejo de Estado, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 24 de mayo de 2012, destacó que, "*La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no tiene como objeto primario el establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes*"

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

son fidedigna revelación -o reflejo- de lo acordado, o de lo que se quiso acordar por uno y otro contratante, toda vez que como lo recuerda Don LUIS CLARO SOLAR, es *"...raro que los contratantes se hayan expresado de una manera bastante nítida y bastante precisa para no dar lugar a duda alguna sobre la intención que hayan tenido al contratar. Un gran número de palabras tiene en el idioma un sentido incierto o equívoco o admite muchas acepciones distintas; y aun aquellas cuyo sentido literal o gramatical es más cierto y definido, son empleadas a menudo en una acepción impropia que las desvía de su verdadero sentido. De ahí la duda que se suscita, de buena fe o maliciosamente, entre los contratantes y que requiere una resolución judicial que establezca el verdadero sentido de la convención"*¹⁰⁴.

Quiere entonces el legislador, corroborando la teleología del artículo 1618 del C.C y, en general, de todo el sistema hermenéutico nacional, que el intérprete, no se limite sólo a lo semántico (elementos textuales), sino que, a partir de ellos, en asocio con otros mecanismos corroborantes -o de validación- (elementos extra-textuales), según fuere el asunto, pueda rastrear y, por contera identificar esa intención inter-partes que, en sana lógica, desde una perspectiva etiológica, sirvió de percutor para el advenimiento de la relación jurídico-negocial. De ello se colige que su rol, en puridad, no es el de un gramático o el de un filólogo, sino el de un hermeneuta propiamente dicho, lo que no quiere significar que la gramática y la filología, dese luego, puedan en un caso o casos determinados ser de especial utilidad en ese *excursus* volitivo, primordialmente reconstructivo, habida cuenta que su misión debe remontarse a escrutar insumos del pasado, aún reciente, en muchas ocasiones relacionados con los mismos antecedentes del contrato, como se anotará (fase gestacional).

Bien ha resaltado pues la Corte Suprema de Justicia, en relación con la amplia y omnicomprendensiva tarea de interpretar los contratos, en particular con el alcance prudencial que debe dársele al tenor 'literal de las palabras', que *"...ese 'sentido claro' de las palabras, como regla general, se refiere en primer término al sentido natural y obvio que ellas tienen en el lenguaje común y en el idioma castellano (a semejanza de lo que se prevé en materia de interpretación de la ley en el artículo 28 del Código Civil y se precisa en el artículo 823 del Código de Comercio), sin que por el mero hecho de que ese sentido sea claro, quede*

individualmente considerado sino la intención común de todos ellos toda vez que el contrato es en últimas el resultado de la convergencia de sus designios negociales".

¹⁰⁴ LUIS CLARO SOLAR. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones*, T XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 19.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exegeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes...*¹⁰⁵.

En la interpretación, en últimas, no hay entonces que fijar la mirada privativamente en lo literal, en la materialidad documental, puesto que, sin perjuicio de que el hermeneuta debe hacerlo, se le exige un *plus*: un valor agregado en el desarrollo de su laborío, puesto que su compromiso va más allá, como lo confirma el precitado art. 1618 del C.C, en la medida en que, *ad baculum*, con apoyo en las herramientas interpretativas brindadas por el legislador civil (la Constitución y otros ordenamientos: el comercial, el régimen de la contratación administrativa, etc., según las circunstancias), su elevada misión se concreta en hallar la aducida 'intención de los contratantes', nada menos que, en su génesis, la que detona y le da la vida al contrato y, con él, a sus correspondientes efectos en Derecho (causa generatriz).

De allí que con claridad la Corte Suprema de Justicia haya memorado que "...la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él"¹⁰⁶, a lo que propia Corte Suprema agregó, años después, que "Esa búsqueda -o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de septiembre de 2011.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de septiembre de 1998.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

convencionistas, ratio medular del laborío hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, 'la letra mata, y el espíritu vivifica'""¹⁰⁷.

b. Algunos instrumentos o mecanismos hermenéuticos encaminados a la búsqueda de la intención de los contratantes.

En el marco del principio rector de la intencionalidad, o de la común intención de las partes, como igualmente es denominado, se inscriben diversas herramientas a las que puede -y de ordinario debe- acudir el intérprete, con miras a que, de ser viable, racional y verosímil, pueda esclarecer lo pretendido y querido por los extremos de la relación negocial, es decir su 'voluntad real', la que no se diluye o se eclipsa a raíz de la celebración de contratos en los que haga presencia la metodología de la adhesión contractual (operación adhesiva), como lo tiene definido un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, conscientes de que tal es la fuerza de este mandato superior (art. 1618), eje del sistema interpretativo, que el hermeneuta no puede desechar, *motu proprio*, tal búsqueda o rastreo, so pena de infringirlo.

Algunos de tales instrumentos, en especial los más socorridos, apuntan a tener en cuenta la etiología y la evolución ulterior del contrato, con el propósito de contar con una adecuada cosmovisión suya, que recree su gestación y su consecuente desarrollo, en especial en aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades, efectivamente, fue el producto de negociaciones previas o concomitantes, de una parte, y del desdoblamiento o ejecución posterior a su nacimiento a la vida jurídica, de la otra, situación que permite valorar diferentes momentos que, por su significado y relevancia intrínsecas, pueden ilustrar y apoyar mejor la tarea de fijación y señalamiento del alcance del contenido negocial, naturalmente con las cautelas del caso.

En este orden de cosas, los antecedentes del contrato y los tratos preliminares, en línea de principio, puede arrojar luces acerca de lo que otrora quisieron las partes, al igual de lo que para una y otra parte ellos significaron -y pesaron-, en guarda a ponderar, *a posteriori*, la floración de una confianza que, por sus connotaciones e incidencia causal, se tornó legítima y también racional, con todo lo que ella puede implicar en una decisión vinculante y heterocompositiva, reflexión que se hace extensiva a las apellidas expectativas razonables.

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de mayo de 2014.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Lo mismo acontece tratándose de la fase o etapa ejecutiva (ejecución negocial), en la cual el comportamiento de las partes puede lucir revelador de lo realmente convenido y querido, adquiriendo su conducta, su actuación posterior (*posterius iuris*), una singular luminosidad que definitivamente aclare el panorama volitivo, hasta ese momento nublado y brumoso.

Y lo propio tiene lugar, incluso, con la conducta observada por los contratantes después de expirado el contrato, en la medida en que los hechos poscontractuales, en sí mismos examinados, pueden llegar a ser esclarecedores de lo pretendido otrora, constituyéndose, en tal virtud, en un eslabón que algún provecho puede reportar.

En síntesis, el intérprete tiene a su alcance, conforme a los dictados del caso que deberá atender, tres dimensiones en las que podrá adentrarse, en aras de explorar la común intención de las partes contratantes, determinadas por un 'antes', un 'durante' y un 'después' de agotada la relación contractual, tridimensionalidad ésta que, de acuerdo con cada asunto individual, le facilitará tener una visión de conjunto (*plenitud comportamental*), generalmente más rica que la emergente de una sola etapa o dimensión (comportamiento integral).

Con potísima razón, a este respecto, ha señalado la Corte Suprema de Justicia en dos precisas sentencias de esta centuria, entre varias más, que, "En Sentencia del 24 de julio de 2012, la misma Corte Suprema de Justicia colombiana ya había señalado que, *"Dentro de los criterios tendientes a buscar la común intención de las partes al celebrar el contrato (artículo 1618 del Código Civil: "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras")*, el dato primario con el que cuenta quien se entrega a esa tarea lo aporta el texto del mismo, si está escrito, dado que allí se manifiesta el negocio jurídico. Pero también es de valía echar mano de otras pautas, como por ejemplo, el examen de los aspectos fácticos espacio-temporales que rodearon la conclusión y perfeccionamiento del acuerdo que se escruta..."¹⁰⁸.

Y que *"Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5° y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos*

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de septiembre de 2014.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*contractuales, esto es, antes, durante y después de su celebración, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse'*¹⁰⁹. Como complemento a lo expresado, militan en el Derecho colombiano otras reglas que, *ex lege*, comulgan con la referida búsqueda de la intención de los contratantes, como se ha expresado un principio vertebral que se asienta en consideraciones subjetivas: la voluntad y el consentimiento, lo que lo torna puramente subjetivo, por oposición al esquema objetivo, el que ha inculcado a puntuales reglas que, junto con las subjetivas, conforman el 'todo' hermenéutico (sistema).

Así, por vía de ejemplo, comparten el mismo *status* las tres reglas engastadas en el artículo 1622 del C.C, a cuyo tenor: "*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato en su totalidad. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra parte*".

Lo mismo tiene lugar con la denominada regla de la especificidad, entronizada en el artículo 1619 del C.C, el que dispone que, "*Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre la que se contratado*".

De estas dos normas, sin duda, el artículo 1622 del C.C. reviste especial consideración en el presente asunto, por cuanto están llamadas, preponderantemente, a coadyuvar en la reconstrucción negocial.

Es así como la primera de las reglas -o subreglas- en cuestión es cardinal, en razón de que se construye sobre la base de que lo que interesa no es una parcela o un segmento contractual que, por aislado, puede no revelar la prístina intención, y de paso, eso sí, deformar lo realmente querido, puesto que es un fragmento, una parte, un rincón o esquina del contenido negocial, *in complexu*, pero no el todo: la 'totalidad', que es lo que se enseñoorea externamente en el precepto comentado.

Bien se ha clarificado que la 'parte está en el todo, pero el todo no es solo la parte', de suerte que lo que se reclama para efectos de lograr una visión integral del acuerdo respectivo (deber ser), es una mirada incluyente y, por tanto vertebrada y de conjunto, refractaria a lo parcial, justamente por

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de julio de 2012.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

incompleta, limitada y también riesgosa. De allí que a esta regla se le conozca con los nombres de regla de la 'interpretación sistemática', o 'regla de la interpretación contextual'.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha ratificado que *"El contrato es un acuerdo de voluntades que por lo regular es una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de las otras como partes autónomas, porque o si no se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que estas acaso no sospecharon"*¹¹⁰.

La segunda de las reglas enmarcadas en el aludido art. 1622, valida la interpretación extensiva, en aras de que el intérprete no se limite al escrutinio del contrato objeto de estudio, *v.gr*: el basamento del litigio, sino que amplíe el examen, siendo entonces útil, en principio, fijar la mirada a otro u otros contratos celebrados "...entre las mismas partes y sobre la misma materia", de conformidad con lo preceptuado por el apartado final del segundo inciso del artículo en referencia, aun cuando no se entiende la razón por la cual debería desecharse el texto de un acuerdo celebrado entre una parte del conflicto y otra que no lo sea, puesto que lo que se quiere es sumar elementos hermenéuticos, y no restarlos, o anularlos.

c. Referencia a otras reglas orientadas a la interpretación de los contratos. Reglas, pautas y criterios de carácter subjetivo y objetivo.

Hasta el momento, en forma reiterativa, se ha hecho mención de algunas reglas que, en la esfera interpretativa, sirven de apoyatura al intérprete para facilitar -o coadyuvar a la- búsqueda y ulterior revelación de esa intención común de los celebrantes (cognoscibilidad), en veces esquiva, no por cuanto no haya realmente existido el sustrato volitivo que le dio origen al negocio jurídico celebrado, sino por cuanto no es simple de recrear en todos los casos, dado que, por ser virtualmente 'común', se dificulta su fidedigna y unívoca reconstrucción *ex post*, así medie un escrito que aparentemente la refleje, el que bien puede llegar a ser materia de lecturas propias e insulares y no indefectiblemente convergentes, como podría esperarse que en principio lo fueran (prisma ideal).

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de marzo de 1965.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

De hecho, en numerosas oportunidades las partes son contestes en aceptar que se celebró un contrato, y que de él, en lo pertinente, se generaron puntuales efectos, así ciertos de ellos, o buena parte de los mismos estén en conflicto o en entredicho. Sin embargo, pese a tal reconocimiento ontológico, *a fuer* que jurídico, sus arquitectos no siempre le asignan una mirada, una morfología y una comprensión uniformes, surgiendo así una tangible desavenencia o un conjunto de ellas, que entonces deben ser sopesadas y consideradas por el intérprete, en guarda de resolver la tensión reinante, evidenciada a través de la controversia.

Y cuando ello sucede, en refrendación del hecho de que cada uno de los extremos de la relación negocial ha realizado su personal -y distante- lectura contractual, el hermeneuta debe ubicarse en los terrenos del artículo 1618 del C.C, como bien se sabe, a fin de que, con responsabilidad y sin prejuicios, se aplique a buscar la intención *ex contractu*, que no es la de cada uno de ellos, sino una convergente, hija del proceso de la concertación volitiva (comunidad), según se expresó.

Empero, aun cuando este 'principio de oro' es terminante, a su vez que conclusivo, hay situaciones que racionalmente impiden que dicho objetivo, por plausible que sea, finalmente se logre, en cuyo caso actitudes desesperadas, o que a todas luces procuren hallar esa común intención, no importando el costo, ni su genuinidad, ni su autenticidad, no son de recibo, porque de ese modo el supuesto 'hallazgo' se entendería impuesto, antinatural, forzado, artificial, acomodado, ilusorio, y exportado, en una sola expresión: 'envenenado', abriéndose necesariamente paso otras opciones, igualmente validas por el ordenamiento jurídico, con miras a conjurar racionalmente esa realidad, por difícil que fuere.

Tales opciones, por consiguiente, aunque legítimas, no se enmarcan invariablemente en reglas subjetivas, es decir llamadas a ubicar, *ex autoritate*, lo querido por las partes (revelación inequívoca de la intención común), sino en reglas objetivas, vale decir en pautas o criterios que, aun cuando escoltados por el equilibrio y por balance, no pueden dar fe plena -y ciega- de que la fijación o establecimiento del contenido contractual realizado, sea el reflejo, o la imagen espejada de esa misma voluntad echada de menos y, correlativamente, por tanto, no ubicada en el radar hermenéutico.

Son varias, ciertamente, las pautas objetivas a las que el Código Civil les confiere carta de naturaleza, sin perjuicio de la existencia de otras de singular

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

importancia que, rectamente entendidas, a modo de lineamientos basilares extra-volitivos, hacen parte del ensanchado 'sistema hermenéutico', v.gr: las emanadas del Código de Comercio, del Estatuto del consumidor, del Estatuto de la Contratación Administrativa, de la Convención de Viena vigente en Colombia (compraventa internacional de mercaderías), obviamente de la Constitución Política, etc.

Ya se ha aludido, en forma realmente somera, a algunas reglas de tipo subjetivo: las tres consignadas en el artículo 1622 del C.C, y debe hacerse lo mismo de cara a las más representativas de índole objetiva, así como al criterio de razonabilidad en sede interpretativa, (interpretación objetiva del contrato), siendo entonces menester sólo unas cuantas apostillas más, habida cuenta que ambos esquemas, articulados, conviven en el Derecho colombiano y comparado, en general, en razón de que uno sólo es insuficiente, y por ello parcial, imponiéndose su necesaria complementación y ensamble, para que el ejercicio interpretativo no naufrague -o se inscriba en el vacío-, y para que las expectativas legítimas de los justiciables no queden a la deriva, expósitas, en evidente estado de desprotección y abandono.

En esta misma dirección, los profesores españoles, LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN B., en asocio de otros distinguidos doctrinantes más, subrayaron que *"...la interpretación negocial es una función de gran amplitud que no debe desestimar ningún criterio (interpretación objetiva y subjetiva) para su desarrollo. Sería totalmente arbitrario fijar el contenido negocial, su relevancia jurídica, de acuerdo con el significado que adquiera la declaración de voluntad para el ambiente y la conciencia social (interpretación objetiva), prescindiendo precisamente de la consideración de que el negocio es regla de determinada situación (compraventa, arrendamiento, etc.) entre las partes, normativa de sus intereses. Al negocio, en consecuencia, habrá que atribuir el significado correspondiente a la intención común de aquéllas en el momento que se concluya (interpretación subjetiva). El método de interpretación objetivo es complementario o subsidiario del subjetivo"*¹¹¹.

¹¹¹ LUIS DíEZ-PICAZO, y ANTONIO GULLÓN B., *Sistema de derecho civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 149. En la misma orientación, el Consejo de Estado, en sentencia del 21 de junio de 2018, recordó que, *"...la búsqueda de la común intención de las partes se erige como punto de partida de la labor interpretativa de los contratos. De ahí que un adecuado ejercicio hermenéutico contractual deba empezar siempre por determinar cuál era la communis intentio a la que alude el artículo 1618 del Código Civil, y solo en caso de que esa labor resulte infructuosa es posible aplicar las pautas objetivas de interpretación que ya fueron reseñadas, como las previstas en los artículos 1619, 1620, 1621, 1623 y 1624 de esa misma codificación...."*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Dichas reglas objetivas, entre varias denominaciones, situadas en el interior de los artículos 1619 a 1624 del C.C, en lo aplicable, suelen conocerse con los nombres de reglas de la interpretación útil, efectiva o también conservatoria (art. 1620, C.C), regla de la interpretación naturalística o fundada en la naturaleza del contrato (art. 1621 C.C), regla de la interpretación usual o cimentada en el uso común (art. 1621 C.C), y reglas de la interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor y en contra del estipulante o predisponente (art. 1624 C.C).

Hay que agregar, claro está, el principio objetivo de la buena fe, que al margen que no esté enlistado en el Título XII del Libro 4 del Código Civil, como si lo está en modernas legislaciones, lo cierto es que se entiende plenamente aplicable, no sólo por la fuerza arrolladora que reviste este principio en la actualidad (revitalización), sino por tratarse justamente de un principio general, en sí mismo situado en la atmósfera jurídica, sino igualmente por haber sido convenientemente constitucionalizado (art. 83, Constitución Política), en prueba de su abolengo y de su irrestricta penetración, no importa el área o la disciplina en la que se proyecte.

2.1.3.4. Fines, principios y mandatos que gobiernan la contratación estatal y que complementariamente deben ser tenidos en consideración al momento de la interpretación de los contratos estatales.

Conforme se ha anotado, el acto de interpretación de los contratos estatales es mixto, plural o combinado, en cuanto a que está gobernado por coordenadas de estirpe *jusprivatista*, como *juspublicista*, lo cual evidencia que ambas dimensiones deben ser consideradas por el intérprete, muy especialmente cuando la común intención no es susceptible de hallarse fácilmente en todos los supuestos, o cuando definitivamente ella no se halló en el asunto escrutado, caso en el cual acudir a factores extra-volitivos, es decir a criterios objetivos, será fundamental, a la vez que imperioso, entre otros a los fines y principios que disciplinan la contratación estatal, y los mandatos que, *expressis verbis*, menciona el citado artículo 28 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, en concreto “...la buena fe y la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”. Lo mismo sucede aún frente a la búsqueda y posterior hallazgo de dicha comunión

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

volitiva, pues tales principios y fines iluminan el acto interpretativo estatal, en general.

Expresado de otro modo, por relevantes que sean las normas y la remisión realizada a las disciplinas civil y comercial en el terreno interpretativo, no pueden dejarse de considerar, *in casu*, tales fines, principios y mandatos, puesto que el contrato estatal, es más que obvio y natural, también debe ser interpretado en clave del Derecho público, y ante todo teniendo presente que hay un universo complementario que el intérprete deberá tener en consideración, so pena de que su acto de fijación del contenido contractual pueda devenir incompleto y muy posiblemente descontextualizado, o desenfocado, pues uno de los focos que deberá guiar su elevada misión está conformado por esos fines, principios y mandatos, conforme ya quedó establecido en otro aparte.

Al fin de cuentas, no puede perderse de vista que por más que a la autonomía privada se le reconoce especial importancia en sede de la contratación administrativa, sobre todo a partir de la regulación y definición de la teleología de la Ley 80 de 1993, ella no tiene carácter absoluto, ni en el ámbito del Derecho privado, ni menos tratándose de los intereses del Estado (interés general), en particular del contrato estatal, signado por una serie de valores y postulados superiores que no se pueden inaplicar y que, por ende, en caso de tensión, deben primar.

En esta dirección, aparte de la jurisprudencia existente del H. Consejo de Estado, ya ilustrada en precedencia -de modo muy sucinto-, en la esfera arbitral, incluso con referencia a doctrina de la misma corporación judicial, se puntualizó que, *"...al interpretar un contrato estatal, es menester tener en cuenta los fines y principios de que trata la ley. Así las cosas, deberán considerarse a este propósito, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines, al unísono con lo contemplado por el artículo 25-3, ídem. Adicionalmente, es necesario incorporar los mandatos de la buena fe, el principio de igualdad, así como el equilibrio que debe existir entre prestaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos..... En este sentido el Consejo de Estado ha precisado:*

"Así pues, lo que se tiene, a partir de los mandatos contenidos en el tantas veces citado artículo 28 de la Ley 80, es que las reglas legales especiales que desde los Códigos de Comercio y Civil regulen la materia de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

interpretación de los contratos, son normas que en el campo de la contratación estatal deben leerse, entenderse, interpretarse y, desde luego, aplicarse con sujeción a los Principios y directrices que señala el artículo 28, por manera que ese contexto integrado por i) los fines y los principios de que trata la ley 80; ii) los mandatos de la buena fe, y iii) la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos, permitirá matizar o incluso llenar de contenido disposiciones tales como las de los eludidos artículos 1618 a 1624 del Código Civil, a cuyo tenor:....”[hasta aquí la cita del Consejo de Estado].

“De lo anterior se concluye entonces que las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil son aplicables a los contratos estatales, pero siempre teniendo en cuenta los criterios fijados por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, esto es, los fines y los principios de que trata la Ley 80; los mandatos de la buena fe, y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”¹¹².

Un repaso de los antecedentes de la Ley 80 de 1993, atinente al Estatuto General de la Contratación Pública, confirma dos asertos:

El primero, que la autonomía privada en materia de la contratación administrativa, aunque reconocida y avalada explícitamente por ser uno de los ejes centrales de la misma, conoce convenientes límites adicionales a los ya fijados en el ámbito civil, comercial y constitucional (art. 333, Constitución Política). Y el segundo, que tales fines, principios y mandatos inmersos en la órbita administrativa revisten singular valía, a la par que jerarquía, por lo que es menester darles aplicación, en lo pertinente.

Así las cosas, en relación con el primero de ellos, se advierte que en la Exposición de Motivos de la supraindicada Ley 80, categóricamente se señaló que, “Resulta pertinente reiterar que la *libertad contractual* que se ha predicado *no es absoluta*, sino que se encuentra limitada por el propio interés público....De lo señalado se puede concluir que el postulado de *la autonomía no puede regular aquellos campos que pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho público* en razón del interés colectivo que los fundamenta. Son estos

¹¹² Laudo del 25 de julio de 2017. Tribunal Arbitral de La Nación – Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones, contra Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A., y Colombia Telecomunicaciones S.A., E.S.P.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

límites precisamente los que exigen la normatividad contenida en el proyecto de ley" (se destaca), consideración que, por su parte, fue refrendada en el respectivo trámite parlamentario, antecedente del contenido final de la ley 80 en mención.

Y en relación con el segundo aserto, en la aducida Exposición de Motivos diferentes apartados dan cuenta de la trascendencia de algunos fines, principios y mandatos, los que, por ser vinculantes, deben ser consultados en el terreno hermenéutico, se itera.

Así, por vía de ejemplo, en ella se dejó sentado que, *"Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en el que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a este principio....la administración pública no puede actuar sino para el cumplimiento de la finalidad del interés público, para la satisfacción de las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado"* (se destaca).

Por eso, *"...Aun cuando los organismos del Estado ejecuten actividades industriales y comerciales a semejanza de los particulares, la finalidad del interés público no puede ser ajena a ellos. Las razones de conveniencia social que sustentan ya sea de manera directa e inmediata o bien en forma indirecta y mediata la celebración de un contrato tampoco pueden ser extrañas al particular que contrata con el Estado. Por el contrario, su adecuado entendimiento contribuye al cabal y eficiente desarrollo y ejecución del contrato, constituyéndose en verdadero pilar y soporte de decisiones y actuaciones que deben tomarse y ejecutarse en procura de evitar perjuicios...Por eso, un papel de colaboración compete asumir en todo momento al contratista"* (se destaca).

Por todo ello, continua la Exposición, *"...el interés colectivo exige que se garantice el adecuado uso de esa herramienta jurídica, de modo tal que se evite cualquier acción portadora de menoscabo o perjuicio"* (se destaca).

Finalmente, en lo que dice relación con los 'derechos y deberes de las partes', aspecto crucial en todo ejercicio hermenéutico, la consabida Exposición de Motivos, reafirma que, *"Por naturaleza los contratos estatales son bilaterales, onerosos y conmutativos. Es decir, que generando obligaciones para las partes contratantes reportan utilidad para ellas y con contenido y extensión que se toman como equivalentes"*. Y que *"Los derechos y prerrogativas de una parte*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

se constituyen a la vez en los deberes de la otra parte. Sin embargo, resulta menester anotar que las prerrogativas de la administración se encuentran ínsitas en el contrato estatal, sin que sea pertinente que cláusula alguna lo atribuya expresamente”.

En conclusión, el intérprete de un contrato estatal, además de los principios rectores y de las reglas que rigen la interpretación de los contratos de Derecho privado, no podrá desoír los fines, los principios y los mandatos que informan la contratación administrativa, en especial los ya mencionados, pues hacerlo implicaría desconocer el contenido y la materia propia de un contrato con el Estado, el que tiene singularidades que deben ser consideradas -y sopesadas-, con mayor razón cuando la autonomía privada, como se indicó, no puede ser pretextada para efectos de desconocerlos, puesto que si bien es cierto en ella se asienta la contratación en referencia, tampoco es menos cierto que estará limitada en aquellos ámbitos en los que podrían inaplicarse, o ser vulnerados, por manera que no sería de recibo apalancarse a ultranza en el postulado de la fuerza obligatoria de los negocios jurídicos (*pacta sunt servanda*), cuando ellos se eclipsan, o erosionan.

Es el caso, entre varios ejemplos más, de un contrato estatal que, pese a contar con la virtual anuencia de las partes, no se acompasa con los mandatos de “...buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28), obviamente en sede administrativa (contratos conmutativos estatales), todo a tono con “...los principios generales del derecho y las particularidades del derecho administrativo”(art. 23).

O también el caso de un contrato en el que se constata una patente transgresión del arraigado deber de colaboración radicado en cabeza de los particulares, no sólo emanación de la buena fe, en general (deberes especiales de conducta), sino de la propia ley (art. 3, Ley 80 de 1993) y del espíritu de la misma, revelado en su Exposición de Motivos, se reitera, sobre todo cuando aludiendo a los derroteros del nuevo régimen de contratación, se subrayó que, en desarrollo de ellos, “...un papel de colaboración compete asumir en todo momento al contratista”.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

2.1.4. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE, EN GENERAL, Y DE LA BUENA FE CONTRACTUAL, EN PARTICULAR.

2.1.4.1. Generalidades, proyección y caracterización jurídicas.

La buena fe, sin temor a equívocos, infundios o exageraciones, es una de las figuras de mayor abolengo, análisis y empleo en la *praxis* contemporánea, no sólo en los tiempos que corren, sino también a través de la historia, en la que, en términos latos, igualmente ocupó un destacado rol en la evolución de la ciencia jurídica -más en unos estadios que en otros-, aun cuando hay que reconocer que en las últimas décadas de la centuria precedente y, sobre todo, en lo corrido del nuevo milenio, su consolidación, prestigio y afianzamiento, han sido ciertamente notables, hasta el punto de que se podría decir que los treinta o cuarenta últimos años han sido las décadas de su mayor figuración y apogeo en la escena del Derecho, lo que explica el creciente número de referencias, reflexiones, debates y estudios en torno suyo: descriptivos, analíticos, críticos, 'acríticos', etc.

Sin perjuicio de otros *status* adicionales, la buena fe se erige en principio general, en principio normativizado -normado o positivizado- a través de las codificaciones, las leyes y la propia Constitución Política, como sucede en la órbita nacional, en *standard* jurídico-comportamental, en principio rector e informador de la interpretación, e integración de los contratos, en fuente -o dispensario- de deberes especiales de conducta, en instrumento correctivo -o de corrección- en el campo contractual, en límite al ejercicio de los derechos, en cimiento de la proscripción del abuso del derecho, en particular de las cláusulas abusivas y sorpresivas, de la regla *venire contra factum proprium*, más en concreto de la doctrina de los actos propios, y en principio del Derecho procesal.

Y, en fin, de un largo etcétera jurídico, puesto que como se expresaba, la buena fe todo lo domina, todo lo colorea, todo lo permea, naturalmente sin quebrantar las fronteras que el Derecho convenientemente le fija a las instituciones, institutos o figuras, pues en éste ha dejado de imperar lo 'absoluto', lo 'omnímodo', lo 'totalitario', lo 'irrestricto', lo 'desenfrenado', y lo 'antidemocrático'.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

En este orden de ideas, es incontrastable que la buena fe irradia todos los espacios y los rincones del Derecho, tanto en su dimensión pública como privada, puesto que no hay disciplina -o área- ajena a su influjo y a sus bienhechoras aplicaciones, cada vez más visibles y atrapantes.

Por eso la Corte Constitucional, desde un amplia perspectiva, ha confirmado que, *"Como ha puesto de presente esta Corte desde sus primeras sentencias, siguiendo la doctrina el principio de la buena fe "principio cumbre del derecho" es de aquellos principios informadores de las relaciones entre los seres humanos llamados a impregnar el ordenamiento jurídico en su conjunto y que presenta proyecciones específicas, en los más variados y específicos ámbitos de las relaciones sancionadas por las normas jurídicas"*¹¹³. Y que por tanto, *"...cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a la luz del principio de la buena fe..."*¹¹⁴.

Ello explica, como se anticipó, que pese a su carácter de principio general del Derecho, la buena fe haya sido desarrollada en Colombia en diversos ordenamientos, v.gr: el constitucional, el civil, el comercial, el administrativo, el Estatuto de contratación administrativa, el Código General del Proceso, el régimen de la responsabilidad de las sociedades, el Estatuto del consumidor, entre varios más, en prueba inequívoca de su vigencia, arraigo y amplio espectro temático.

De esta manera, ello es toral, la buena fe ha servido y servirá pues para ilustrar e informar un sinnúmero de situaciones jurídicas urgidas de concreción, como tiene lugar con la decisión judicial, en cuyo caso ella se traducirá en una especie de faro que contribuirá al propósito de dotar de contenido y equilibrio, y colorear de justicia al asunto evaluado, pues el legislador, por más previsivo que sea, *a priori* no puede ofrecer todas y cada una de las respuestas, a manera de oráculo *iuris*, con mayor razón cuando no se legisla para el pasado, por regla, sino para el futuro, limitación predicable igualmente de las partes en un contrato, en razón de que no están en capacidad de anticiparse y de regular la totalidad de supuestos, para lo cual la buena fe será neurálgica para llevar a cabo la integración del contrato, cuando fuera menester.

¹¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-071/04.

¹¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-099 de 2009.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Así las cosas, expresar que el contrato debe ser interpretado con arreglo a la buena fe, con apego al *standard* comportamental de una persona leal y honorable ('contratante leal y honesto'), o que la buena fe debe orientar y determinar la conducta de las partes a lo largo de la relación contractual, o que ella será decisiva para definir si un comportamiento se tornó abusivo, o incoherente y, por esa vía contradictorio, o para el examen de la presencia de una arquetípica cláusula abusiva, entre numerosos ejemplos más, no son alusiones o referencias huecas, o ayunas de contenido, o pertinencia. Todo lo contrario, pues coadyuvarán a que, con sujeción a la realidad valorada y a su propio entorno, se asegure la 'justicia contractual', en el mismo ejemplo referido.

No en vano, como lo clarifica la profesora Martha Lucía Neme Villarreal al momento de examinar el principio en comentario, *"...no se trata de un catálogo de reglas de aplicación inmediata; la complejidad del principio de la buena fe se pone de manifiesto en la propia naturaleza dúctil del principio, que hace imposible determinar el contenido de la buena fe en términos preestablecidos, según reglas fijas e inmutables, pues por el contrario, en la aplicación del caso concreto estas reglas se encuentran sujetas a una valoración conforme al principio mismo....De ahí la importancia de observar la aplicación práctica del principio que se concreta en el sometimiento de los casos particulares a la decisión judicial a la luz del principio, que impone de por sí la consideración de los intereses de las partes y del particular equilibrio contractual fijado por las mismas"*¹¹⁵.

Y también como recientemente -y en la esfera contractual-, lo destacó el profesor chileno, Adrián Schopf Olea, debe tenerse presente que, *"La regulación del comportamiento mediante una cláusula general constituye en ese sentido un reconocimiento a la imposibilidad del legislador de prever todas las circunstancias y el desarrollo de todos los acontecimientos que configuran el futuro y que resultan relevantes para el contrato, de manera tal que la existencia de la buena fe se funda, en último término, en la falta de exhaustividad de las restantes normas legales que conforman la institución del contrato. Una vez presupuesta esa premisa, la buena fe permite al derecho de*

¹¹⁵ MARTHA LUCÍA NAME VILLARREAL. "El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No. 11., Bogotá, 2006, p. 116.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

contratos hacerse cargo de todas las particularidades de una específica relación contractual y ordenar los nuevos problemas legales producidos por los cambios y transformaciones tecnológicas, económicas y sociales que resulten relevantes..., permitiendo de ese modo, tanto la adecuada aplicación como el desarrollo del derecho de los contratos, de una manera que resulte consistente con los valores y fines que lo sustentan....”.

“La plasticidad y flexibilidad que la buena fe contractual introduce en el derecho de contratos”, concluye el mismo autor, “es de esta manera su principal virtud, al dotarlo de una especial adaptabilidad, movilidad y dinamismo, permitiendo que la institución contractual efectivamente cumpla su función más esencial, en cuanto a instrumento que permite la realización del comercio en el marco de una economía de mercado, permanentemente expuesta a ser afectada por cambios y transformaciones”¹¹⁶.

2.1.4.2. La buena fe contractual. Aproximación general y funcional.

La buena fe, según se ha señalado, se caracteriza por su dilatado espectro, de suerte que es omnipresente en el tráfico jurídico, máxime cuando se eleva a la calidad de principio general, como tal predicable de todo el ordenamiento, sin distinción.

No obstante lo anterior, con especial fruición, la buena fe se proyecta en la órbita contractual con singular solvencia y fluidez, en cuyo caso, como se observará, es igualmente omnipresente en este ámbito, amén que plurifásica -o pluridimensional-, pues con intensidad tiene eco en todas las fases del contrato.

Esta realidad, sin duda insoslayable, es la que ha conducido a que en el interior del Derecho privado y administrativo, se considere que la buena fe es también un principio que informa el Derecho contractual, en especial en la actualidad, en la que, renovada, campea con vigor, tanto que se le ubica en un privilegiado escaño, mejor en el pináculo de la temática negocial.

De allí que la Corte Suprema de Justicia, ratificando su grandilocuencia en la órbita contractual, entre otras providencias más, haya señalado que”...principio

¹¹⁶ ADRIÁN SCHOPF OLEÁ. “La buena fe contractual como norma jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, No 31, 2018, p.p. 128 y 129.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual deben actuar las personas –sin distingo alguno– en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación. Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico –constitucional y legal– y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo 'fe', puesto que 'fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará....'¹¹⁷.

Y se expresa igualmente que la buena fe es plurifásica o pluridimensional, en muestra de su transversalidad negocial, en atención a que no se anida en una sola fase o dimensión, sino que, por el contrario, irradia -y de qué manera- todo el universo contractual, integrado por las etapas prenegocial -o formativa-, ejecutiva -o de ejecución del contrato- y poscontractual, en muestra de que está presente en la gestación (*iter contractus*), desenvolvimiento y después de su agotamiento, recorrido que avala su completitud y su condición de postulado envolvente de la relación contractual, entendida como una unidad sustantiva -y rítmica-, y como un todo.

Ha manifestado la Corte Suprema de Justicia acerca del amplio compás de la buena fe contractual, entre otras providencias, que "*...importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo negocial, incluido el seguro, es plurifásico, como quiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual –en un sentido amplio-: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva; de consumación o post-contratual). Desde esta perspectiva, un*

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de agosto de 2001.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico 'proceso', integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección (129)".

"De consiguiente, a las claras, se advierte que la buena fe no es un principio de efímera y menos de irrelevante figuración en la escena jurídica, por cuanto está presente, in extenso, amén que con caracterizada intensidad, durante las etapas en comento, tanto más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de 'duración', v. gr: la asegurativa, puesto que sus extremos -in potentia o in concreto-, deben acatar fidedignamente, sin solución de continuidad, los dictados que de él emergen (prédica conductiva). Es en este sentido que los artículos 863 y 871 del C. de Co y 1.603 del C. C., en lo pertinente, imperan que "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual...."; "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe....", y "Los contratos deben ejecutarse de buena fe....".¹¹⁸

De igual modo, como se constató en el fallo previamente citado, se tiene decantado que la buena fe suele ser de vigencia prolongada, con mayor razón tratándose de las relaciones de duración, toda vez que no aparece y desaparece fugazmente, sino que perdura mientras esté vigente la relación contractual, y aún después de ella, habida cuenta que se cuece en una especie de 'fuego lento', lo que le permite, ininterrumpidamente, estar presente en distintos momentos, sin agotarse, o concentrarse únicamente en uno de ellos, según ya se explicitó.

Ahora bien, en lo que dice relación con las funciones de la buena fe (dimensión funcional), se tiene establecido que ella no tiene una sola función, sino por el contrario que son numerosas, en atención, se itera, a que funge de principio general del derecho, de límite al ejercicio de los derechos subjetivos, de manantial de deberes especiales de comportamiento, de *standard* de conducta, de principio rector en la esfera hermenéutica, en eje central de la integración de los contratos, etc., lo que comprueba que sus funciones son variopintas.

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de agosto de 2001.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Así, como lo revela la autora española autora española Delia Matilde Ferreira, "La buena fe cumple cuatro funciones especiales en todo ordenamiento jurídico....a) *Criterio informador del ordenamiento jurídico*. Al igual que todos los principios generales del Derecho, el que nos ocupa desarrolla una labor de inspiración del ordenamiento jurídico. Se ha dicho con acierto que la buena fe es la esencia misma del fenómeno jurídico....b) *Criterio limitativo de la conducta jurídicamente admisible*. Tradicionalmente se habla de la buena fe como criterio limitativo del ejercicio de los derechos subjetivos; entendemos que esta forma de actuar del principio se aplica no sólo al ejercicio de los derechos, sino también al cumplimiento de los deberes y, en fin, a toda conducta que debe asumirse en las relaciones jurídicas....c) *Criterio interpretativo*. Toda norma jurídica debe ser interpretada, pues es un objeto cultural portador de un sentido....La buena fe debe inspirar el proceso de interpretación. La norma debe interpretarse de acuerdo a lo que buena fe podría o debería entenderse...d) *Criterio integrador*. También aquí surge con nitidez la normatividad propia del principio que origina una serie de normas específicas para aplicar a los casos particulares...Cuando falta, entonces, una regla para regular la actividad de las partes vinculadas por el contrato -por ejemplo- entrará en juego la buena fe para indicar el marco jurídico aplicable a la situación. Sin perjuicio de esta función de complemento, la integración reviste a menudo auténtico significado corrector"¹¹⁹.

2.1.4.3. Tipología de la buena fe contractual. Breve enunciado.

Aun cuando en estrictez la buena fe es una (se obró con buena fe, se inobservó o se quebrantó, o se actuó clara y abiertamente de mala fe), vale decir que es un principio unitario y general del Derecho, así como principio en la órbita contractual según se señaló, y que por consiguiente lo que la caracteriza es su unicidad, la usanza es la de hacer una escisión en el terreno contractual, por de pronto por razones pedagógicas -o didácticas-, escoltadas por motivos prácticos más que por consideraciones estrictamente jurídicas, lectura ésta socorrida en la doctrina y la jurisprudencia, la que se inclina por una aproximación binaria: buena fe subjetiva, y buena objetiva.

¹¹⁹ DELIA MATILDE FERREIRA R. *La buena fe. El principio general en el derecho civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984, p.p. 162 y s.s.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

A este respecto, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, *"La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada "buena fe subjetiva", (creencia o confianza), al igual que en la "objetiva" (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general —e informador— del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil"*.

*"La subjetiva, in genere, propende por el respeto —o tutela— de una determinada apariencia que ha sido forjada con antelación, o por una creencia o confianza específicas que se han originado en un sujeto, en el sentido de estar actuando con arreglo a derecho, sin perjuicio de que se funden, en realidad, en un equívoco, todas con evidentes repercusiones legales, no obstante su claro y característico tinte subjetivo ("actitud de conciencia", o "estado psicológico"), connatural a la situación en que se encuentra en el marco de una relación jurídica, por vía de ejemplo la posesoria. La objetiva, en cambio, trascendiendo el referido estado psicológico, se traduce en una regla —o norma— orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.)"*¹²⁰.

En el terreno obligacional y contractual, materia de análisis en el *sub lite*, es la apellidada buena fe objetiva la llamada a ser tomada en consideración, en concreto por ser aplicable "...al marco de la vida de las obligaciones, en general, o de particulares relaciones obligatorias", como lo atestigua el profesor español, Don José Luis de los Mozos, el que reconoce, sin hesitación, la "...fuerza expansiva de la buena fe objetiva"¹²¹.

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de agosto de 2001.

¹²¹ JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona, 1965, p.p. 144 y 145, quien reconoce que "...en materia de interpretación", como se observará, hay que considerar también "...la buena fe objetiva" (op. cit, p. 180).

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

2.1.4.4. La buena fe contractual como fuente de deberes especiales de conducta. Especial referencia al deber de cooperación y al deber de información.

Es en el plano de la creación de deberes especiales o complementarios de conducta –igualmente denominados ‘secundarios’, ‘aledaños’, etc.- que la buena fe objetiva ocupa un sobresaliente papel, pues a tono con su reconocida calidad de un principio de textura abierta, hay una serie de aspectos que no pueden ser considerados o definidos *ex ante* por el legislador -o por las mismas partes contratantes-, uno de ellos el atinente a los anunciados deberes, de importancia superior en el moderno Derecho de los contratos, los que no se agotan ni en la ley, ni en la autonomía privada, *stricto sensu*, por manera que la buena fe se ha convertido en un conveniente dispensario de ellos, en aras de que el contrato celebrado, por excelencia, pueda cumplir de mejor manera su función medular, su teleología y también su axiología, ora explícita, ora implícita, conforma a cada caso, claro está.

Así las cosas, al lado de los conocidos deberes principales o céntricos de estirpe negocial (deberes de prestación propiamente dichos), hay otros adicionales nacidos de la *bona fides*, no por ello de menor significado -o pigmentación-, que enriquecen la relación jurídica, y que le dan mayor sentido al contrato, sublimando una serie de comportamientos que, así no estén expresamente listados en el texto contractual, tienen plausible cabida, incidiendo en el desenvolvimiento de la misma, la que no puede limitarse a la previsión legal o inter-partes, de ordinario limitada, lo que no quiere significar que no existan, o que no deban ser observados, por cuanto su legitimidad hunde sus raíces en el principio de la buena fe, refractario a que se abra paso la idea de que sólo lo plasmado en la ley, y en especial en el contrato, es aquello que, únicamente, pueda ligar a las partes, puesto que el plexo de deberes no se agota, ni termina allí (*numerus clausus*).

Por eso son tan comunes, pero equívocas, aquellas expresiones -o creencias- conforme a las cuales no hay que observar -o considerar- nada diferente a lo plasmado en el texto contractual-, como si sólo lo allí registrado es lo que existiera en el universo contractual, el que es mucho más amplio y omnicompreensivo de otros deberes y exigencias, lo que explica que el artículo 1603 del Código Civil, se encargue de desmentir tal entendimiento, y lo haga en los siguientes e ilustrativos términos: “*Los contratos deben ejecutarse de buena*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

fe, y por consiguiente obligan no solo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por que por le ley pertenecen a ella". Otro tanto hace el artículo 871 del C. de Co, a cuyo tenor: *"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".*

De allí que, hoy, válidamente, se aluda a plurales deberes especiales de conducta que, *ab initio*, informan la relación negocial: deberes de cooperación, de fidelidad, de información, de conservación, de evitar o de mitigar los daños, de protección, de custodia, de secreto, de no dañar a los demás, de no sorprender al otro -u otros-, etc., adquiriendo un singular relieve los de cooperación o de colaboración, habida consideración de la mirada holística y contemporánea del Derecho de contratos, según se reseñó, ajena a centrar la importancia o la finalidad del contrato en la satisfacción individual de una de las partes, sin preocuparse o interesarse en la otra. Lo mismo los relacionados con el deber de información, de singular vigencia y elocuencia, al que se hará mención detallada en otro apartado.

Hoy, en efecto, los intereses de ambas partes no sólo son merecedores de efectiva tutela, sino de especial y esmerada atención radicada en cabeza de los dos contratantes, quienes se deben no sólo fidelidad, lealtad, sino que deben observar una genuina y razonable conducta cooperante, puesto que como lo memorara el profesor Emilio Betti, *"...la buena fe contractual consiste....en una actitud de activa cooperación que lleva a cumplir la expectativa ajena, con una conducta positiva propia, la cual se desarrolla en favor de un interés ajeno"*¹²², no por ajeno, huérfano de consideración y respeto, se agrega.

Esta nueva cosmovisión jurídica (cooperación y colaboración), no sólo permea al Derecho privado, sino igualmente al Derecho administrativo, sobre todo en el campo de la contratación, según se confirma con la simple lectura de sus normas, entre otras el artículo 3 de la Ley 80, nada menos que atinente a los

¹²² EMILIO BETTI. *Teoría general de las obligaciones*, T.I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 77, quien más adelante en su obra, igualmente expresa que "...en las relaciones de obligación, lo que se exige es una actitud positiva de cooperación, una actitud en favor del interés ajeno, y la *bona fides* consiste en un criterio de conducta inspirado e informado por el interés de la otra parte; conducta dirigida al cumplimiento positivo de la expectativa de cooperación de la contraparte" (op.cit, p. 86).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"fines de la contratación estatal", al prescribir, en lo pertinente, que "...las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales....y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que *colaboran* con ellas en consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades...., *colaboran* con ellas en el logro de sus fines...." (se destaca), enfoque que se realizó en la misma Exposición de Motivos, según mención expresa del mismo Tribunal, en atención a que en ella se recordó que tal es su importancia, que "Por eso, un *papel de colaboración compete asumir en todo momento al contratista*".

2.1.4.5. Significado, alcances generales y principales incidencias derivadas de la relectura de la buena fe en clave del Derecho contractual contemporáneo. Derecho público y privado.

Uno de los sectores en los que más se han registrado cambios relevantes en los últimos decenios en la esfera jurídica, es el contractual, especialmente en la denominada 'parte general' -o estructura general-, sin perjuicio de la metamorfosis experimentada en el terreno de algunos contratos en particular, especialmente en los denominados contratos atípicos, hoy transformados en típicos, en puntuales ocasiones -y en ciertas legislaciones-.

Dichos cambios han sido de tal trascendencia se ha dicho, que no es injustificado que se aluda a un 'cambio de paradigma' en la materia, al igual que a la existencia de un 'nuevo orden contractual', transformaciones que se han sido evidentes en diferentes aspectos y temáticas.

No es exagerado entonces registrar que en la segunda mitad del siglo XX y lo transitado del XXI, la 'anatomía negocial', su morfología misma, no son simétricas a las de otrora. Igual sucede especialmente en lo tocante con su teleología, con sus fundamentos cardinales, con su ética, con su principalística, etc., sin que ello signifique desconocer, de ninguna manera, que la quintaesencia del contrato es la misma: su almendrán o núcleo, por lo que es preferible hablar de evolución, y no propiamente de crisis, y menos de eclosión, toda vez que lo que se observa es un reverdecimiento contractual, un acendrado dinamismo, fruto del modelo jurídico-económico reinante: la economía de mercado, aunado a la globalización, a la contratación electrónica y a todo lo que significa la existencia de una sociedad masificada -y consumista-,

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

entre otros rasgos más, pero acotada por una serie de valores, axiomas y principios troncales llamados a impedir la 'deshumanización del contrato', su trivialización, o su instrumentalización y desbordamiento.

De ahí que como lo reconoce equilibradamente el artículo 333 de la Carta Política, *"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común...La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones..."*.

En este orden de ideas, en la hora de ahora se tiene asumido que los contratos, sin desconocer la importancia de su dimensión crematística, no son el vehículo que, en el pasado, servía a los intereses de una sola parte, como corolario de ideologías crudamente individualistas, que incluso llegaron a aseverar que lo que se conoce con el envolvente término de 'justicia contractual' se garantizaba a través del mismo contrato celebrado en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada, a la sazón elevado a dogma, tanto que se decía que 'si es contractual, es justo'.

Hoy, de la mano de miradas neohumanistas o post-humanistas, o de índole más personalista -que no individualista-, así como más inclusivas y respetuosas del círculo de intereses de ambos contratantes, y también solidarias y signadas por el patrones de la cooperación y la colaboración ('deberes de cooperación y colaboración'), el contrato propende por la realización conjunta de las prerrogativas y de las expectativas legítimas, amén que racionales de uno y de otro, a diferencia de lo que antes acontecía, en particular cuando ese 'otro' (*alter*), los 'otros', los demás, prácticamente no estaba en el radar del cocontratante, que era y es eso: un contratante, y no una contraparte, en ocasiones caracterizada más por la confrontación, que por la convergencia, y por la cooperación, y por actuaciones rayanas en un egoísmo que no está en estricta consonancia con principios inspiradores que en la actualidad retumban en la órbita contractual: buena fe objetiva, solidaridad, cooperación, coherencia, equilibrio, proscripción del abuso del derecho, protección de la confianza y de las expectativas legítimas -y raciones-, salvaguarda especial de la parte más vulnerable, etc.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Bien subraya el profesor uruguayo, Gustavo Ordoqui, en forma breve -y concluyente-, que *"...En definitiva, la buena fe objetiva nos obliga a pensar en la protección de los derechos del otro"*¹²³.

Todo ello explica que, con asiduidad, se reitera, se haga énfasis en la idea de cooperación, de solidaridad, de respeto por los derechos propios y ajenos, entre otras manifestaciones de un Derecho más inclusivo y profundamente más humano y atento a las exigencias de la persona -y sus intereses personales o colectivos-, todo en virtud de su centrismo, el que demanda acciones protectorias específicas, tanto por el legislador, como por los jueces.

En pocas palabras, hoy por hoy, hay que aproximarse al contrato de una manera diferente, con una lente más potente y panorámica, en cuyo caso al momento de escrutarlo, de revelar lo que realmente es -más allá de lo que aparentemente expresó-, hay que hacerlo con la conciencia del cambio de paradigma en mención, el que no es insustancial, o baladí, como se ha puesto de manifiesto, y que repercute en todos los contratos: privados o estatales, en general.

Al respecto, el profesor argentino Atilio Aníbal Alterini, no vaciló en afirmar que *"En la actualidad el consensualismo clásico sólo rige en contratos cualitativamente significativos pero que son cuantitativamente insignificantes y se llega a admitir que el contrato quede formado cuando se pasa el mouse de la computadora por una página de Internet; en cambio son relevantes los actos demostrativos de la intención de quedar obligado en cuanto generadores de confianza. La fuerza obligatoria de lo convenido depende cada vez más de default rules -establecidas, según los sistemas, por las leyes o por los tribunales- que determinan los alcances en que el contrato es vinculante, o no lo es. El contrato singular se opone a terceros, o vincula a terceros en un mecanismo imbricado de relaciones y de redes"*.

"Particularmente, 'la ley es compleja' -un laberinto bizantino de reglas, excepciones, y excepciones a las excepciones-, por lo cual el razonamiento legal requiere ciertas capacidades: la habilidad para razonar con casos y ejemplos en particular mediante la analogía; la habilidad para manejar

¹²³ GUSTAVO ORDOQUI. *La buena fe contractual*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2012, p.p. 122.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

predicados mal definidos, o de textura abierta; la habilidad para manejar excepciones; la habilidad para manejar conflictos fundamentales entre reglas; y la habilidad para manejar cambios con flexibilidad de criterios”.

“Para no divorciarse de la realidad esos razonamientos deben ser realizados con la perspectiva del interés social resultante de las urgencias del tráfico. La estructura de la teoría general del contrato en los Códigos del siglo XIX satisfizo, si acaso, las necesidades de la sociedad industrial, pero no es el instrumento apropiado para regular la realidad de los negocios actuales, y ‘debemos tener en cuenta el desarrollo del derecho que tiende a regular la aldea global, el mercado global, porque éste será en el futuro el punto de referencia’... ‘La vida no existe por el contrato, sino que es éste el que ha de acomodarse a la vida’”¹²⁴.

En sentido similar, y conectado específicamente con el tema de la importancia de la buena fe en el Derecho contractual moderno, el profesor Adrian Schopf Olea, indica que *“...la buena fe da cuenta que el contrato no solo supone una relación constituida sobre la base de un encuentro de intereses y fines divergentes, donde a cada parte corresponde cautelar sus propios intereses, sino que es, también, expresivo de una relación de cooperación, que en cierta medida supone considerar también los legítimos intereses de la parte contraria para los efectos de satisfacer la finalidad económica o el fin práctico que subyace a la convención. La radical individualidad y autonomía expresada en el principio de la autonomía de la voluntad, es complementada en este sentido por la cooperación y por la confianza expresada en el principio de la buena fe contractual, constituyendo ambos postulados los pilares más esenciales sobre los cuales se construye la institución del contrato en el derecho contemporáneo, la cual solo se deja entender adecuadamente a partir de una doctrina que integre tanto el principio de la autonomía privada como el principio de la buena fe contractual”¹²⁵.*

¹²⁴ ATILIO ANIBAL ALTERINI. “Los pilares del contrato moderno”, en *Treinta estudios de derecho privado*, Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2011, p.p. 233 y 234.

De la misma manera, el profesor RUBÉN STIGLITZ, no vacila en afirmar que hay un ‘nuevo orden contractual’. “Si uno ensaya un resumen sobre la evolución de la teoría general del contrato desde hace unos sesenta años, aparece como ostensible que la materia ha sido y es objeto de una evolución progresiva y profunda. Ello nos permite afirmar que se está edificando un nuevo orden contractual...”. *Contratos civiles y comerciales. Parte General*, T.I, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. IX.

¹²⁵ ANDRÉS SCHOPF OLEA. *La buena fe contractual como norma jurídica*, op. cit, p. 116, autor chileno que cierra su idea, anotando que, “Mientras la autonomía se refiere a los aspectos explícitamente acordados

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Análogamente, y en sede arbitral, sobre este mismo tema se ha resaltado que frente "*...al contrato, hoy predomina una consideración de mutua y recíproca cooperación, puesto el 'otro', a diferencia de lo que sucedía en estadios, y con ideologías superadas, prácticamente no era tomado en cuenta, a sabiendas de que postulados tan lozanos como el de la solidaridad, el respeto de los derechos ajenos y los límites fijados a la iniciativa privada, entre varios, son coordenadas que no pueden ser desatendidas (artículos 95 y 333 de la Constitución Política), so pena de la floración de una serie de secuelas que refrendan la importancia de la dimensión humanística y cooperativa del contrato contemporáneo, el que aspira a tornarse en fuente de equilibrio y, por contera de equidad, y no de desequilibrio manifiesto e injustificado; en una sola expresión constitutivo de 'justicia contractual', con todo lo que ello envuelve¹²⁶*".

"No es de extrañar entonces que en materia contractual, en este nuevo milenio -e incluso desde las últimas décadas de la centuria precedente- rija una concepción más solidarista -que no caritativa u obsequiosa-, que entiende que la satisfacción del interés del cocontratante forma parte de la filosofía negocial del 'nuevo orden' o 'paradigma contractual', interesado en que el contrato deje de ser considerado como el culto a la unilateralidad, en el que los intereses ajenos, sean sólo eso: ajenos, en clara evidencia de una postura acentuadamente individual y, de suyo, egoísta, bien comprendida, muy diversa a lo que ordenan los cánones en la contemporaneidad, sobre todo a partir de la lectura del negocio jurídico en clave moderna y también constitucional"¹²⁷.

Otro tanto acontece en el Derecho administrativo, y en especial en el régimen de la contratación administrativa, como se esbozó, en razón de que el intérprete, con un ojo en el Derecho privado, y con el otro en el de la contratación en mención -por decirlo en forma gráfica-, debe ponderar los

por las partes contratantes, el estándar del contratante leal y honesto se refiere a lo que no se encuentra expresado en el acuerdo contractual, pero constituye un presupuesto indispensable para la realización del mismo....".

¹²⁶ No es fortuito entonces, como lo confirma el Profesor JUAN PABLO CÁRDENAS, que el principio de la buena fe, en lo que concierne a la ejecución del contrato, entre otras etapas más, "...se traduce en una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte", cooperación que, por su génesis, finalidad y alcance, ha sido elevada a inobjetable deber de conducta a cargo de las partes contratantes (deber de cooperación, o de colaboración), derivado de la buena fe. "Justicia y abuso contractual", en *Los contratos en derecho privado*, Universidad del Rosario y Legis, Bogotá, 2007, p. 706".

¹²⁷ Laudo del 4 de octubre de 2018. Constructora J.C. S.A.S y Cerro Matoso S.A, Cámara de Comercio de Bogotá.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

valores y principios que se insuflan en él, muy especialmente los enlistados en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, sobre todo los relativos a la "...transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa", sumados a "...las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y las particularidades del derecho administrativo", al igual que de otros de especial interés, según tiene lugar con el postulado de la 'ecuación contractual' (art. 27, *ibidem*), que propende por "...la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso".

Y desde luego, atendiendo los "...fines de la contratación estatal", descritos en el artículo 3, *ibidem*, conforme al cual se hace patente que "...al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines", de tal modo, ello es esencial, que como sigue expresando la norma, "Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones".

Tan es cierto lo anotado, que el propio Consejo de Estado, reafirmando la trascendencia de la buena fe contractual, y su inescindible conexión con axiomas y valores ínsitos en el Derecho administrativo y con evidente reflejo en las relaciones que se traban entre los particulares y el Estado, recordó que, *"...en esta aspecto juega papel importante la buena fe de los contratantes, que se debe concretar en la exteriorización de una conciencia social y ética propia del contrato celebrado, con criterio de reciprocidad, para llevar el contrato, a partir de esa etapa, a procurar un resultado útil de las prestaciones. Así debe ser entendido...."*¹²⁸.

2.1.5. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: NOCIÓN Y REQUISITOS

En términos generales, cuando se alude al concepto de responsabilidad contractual se hace referencia a la obligación indemnizatoria que surge como

¹²⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de febrero de 1984.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

consecuencia del incumplimiento de los deberes de prestación que se derivan de un vínculo jurídico previo, singular y concreto entre partes determinadas. Sobre el particular, la doctrina afirma que la responsabilidad contractual *"tiene su presupuesto en el incumplimiento (o en el cumplimiento inexacto o parcial) de las obligaciones derivadas de un contrato, a consecuencia de lo cual queda insatisfecho el derecho de crédito y además, eventualmente, es causa de un daño o perjuicio suplementario para el acreedor"*¹²⁹. Es posible afirmar, entonces, que la responsabilidad contractual comporta un distanciamiento del deudor del programa obligacional definido, por regla general, en un contrato, que da lugar a que el acreedor, en forma adicional o sustitutiva a la prestación debida, reclame del obligado la indemnización de los perjuicios que se le hayan causado, siempre que concurren los demás requisitos para el efecto, que se estudiarán en detalle más adelante.

Sobre el particular, a nivel arbitral se ha señalado:

"La responsabilidad civil indica siempre que el autor de un daño debe repararlo. Esta noción es común a toda responsabilidad. La lesión causada a un derecho subjetivo absoluto da lugar a la responsabilidad extracontractual o aquiliana, y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de contratos, a la responsabilidad contractual. Por tanto, la responsabilidad contractual es la que nace del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de la obligación del deudor.

*"En general, el concepto de responsabilidad se refiere a la obligación de reparar el perjuicio causado en razón de un acto ilícito. Así mismo, en cuanto a los elementos que estructuran las distintas clases de responsabilidad, son iguales, pues en ambas se exige un acto ilícito, un daño y un nexo causal entre el acto y el daño."*¹³⁰

A las anteriores reflexiones se suma que, en los casos que se está ante un contrato estatal, esto es, un acto jurídico generador de obligaciones en el que una de las partes es una entidad estatal (arts. 2º y 32 de la Ley 80 de 1990), el

¹²⁹ Reglero Campos, Fernando (Coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil I Parte General*. Ed. Aranzadi. (2002). p. 105.

¹³⁰ Tribunal Arbitral de Ladrillera Santafé v. STK de Colombia S.A. Laudo de 16 de abril de 2002. Árbitros: Jorge Eduardo Chemas Jaramillo, Néstor Guillermo Zabala Higuera y Luis Hernando Parra Nieto.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

régimen de responsabilidad se rige, desde la perspectiva de la entidad pública contratante, por lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política. De conformidad con esta norma, *"el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas"*. Respecto del alcance la prescripción constitucional citada, la Corte Constitucional ha aclarado lo siguiente:

*"(...) el inciso primero del artículo 90 consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado y comprende por ende no sólo la responsabilidad extracontractual sino también el sistema de responsabilidad precontractual (derivado de la ruptura de la relación jurídico-administrativa precontractual) así como también la responsabilidad patrimonial del Estado de carácter contractual."*¹³¹

Sin embargo, aunque la norma se refiere únicamente a la responsabilidad que le cabe al Estado en su calidad de contratante, debe destacarse que los contratos de la Administración son, en su mayoría, bilaterales, de manera que el contratista también será responsable por los daños que cause en caso de que incumpla las obligaciones asumidas. En este sentido. El Título V de la Ley 80 de 1993 (arts. 50 a 59), consagra las reglas de la responsabilidad contractual desde la perspectiva de los distintos intervinientes en la contratación pública: por un lado, (i) dispone que las entidades estatales responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas; y (ii) que los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual.

La justicia arbitral ha estudiado las características propias del régimen de responsabilidad contractual que se deriva del incumplimiento de contratos estatales, en los que está involucrado el interés público, por lo que se ha considerado que, además del incumplimiento, la responsabilidad en estos casos debe analizarse teniendo en cuenta el equilibrio económico del contrato y las prestaciones recíprocas, con fundamento en tres principios esenciales: la prevalencia del interés general, la buena fe o la confianza legítima y la igualdad ante las cargas públicas. En lo pertinente, se ha expresado:

¹³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"2.2.1.1. Prevalencia del interés general

"(...) las normas del derecho público colombiano establecen la prevalencia del interés público frente a los intereses de los particulares, otorgando así a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad.

"(...)

"Por esta razón, la doctrina ha definido estas relaciones contractuales entre particulares y el Estado como sinalagmáticas o bilaterales, dado que se caracterizan por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico negocial. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa.

"(...)

"2.2.1.2. Buena fe o confianza legítima

"Este principio contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados. En este sentido, la doctrina de la Corte Constitucional no duda en calificar como ilícito todo acto o hecho sorpresivo, insospechado o súbito proveniente del Estado, como quiera que dicha circunstancia vendría a ser una violación del artículo 83 de la Carta, esto es, el principio de la buena fe. (...)

"2.2.1.3. Principio de igualdad ante las cargas públicas

"El principio de igualdad de las cargas públicas es aplicable en la medida que exista un beneficio colectivo. Así pues, el beneficio

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*cuando es manejado en el ámbito de la responsabilidad de la administración establece que los daños en el funcionamiento de los servicios públicos, y/o actividad administrativa, deben ser siempre reconocidos cuando haya culpa o antijuridicidad sin importar si es lícito o ilícito el acto de la Administración o sus consecuencias pues debe indemnizar siempre que se produzca un daño antijurídico, es decir, un daño que la ley no obligue de manera expresa a soportar.*¹³²

Se colige de lo anterior que la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de las obligaciones que nacen de un contrato estatal está orientada por principios propios que, en este aspecto, se distancian de las reglas particulares de la responsabilidad civil que surge por el incumplimiento de contratos entre particulares, en la medida en que el contrato estatal fue concebido en nuestro ordenamiento como un instrumento para alcanzar los fines del Estado, definidos principalmente en el artículo 2º de la Constitución Política. Dentro de estos principios se destacan los de servir a la comunidad, promover la prosperidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. En consecuencia, los negocios jurídicos celebrados por la Administración Pública son uno de los mecanismos por medio de los cuales el Estado cumple con sus cargas y tiende a la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Por esta razón, el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 dispone que con la celebración y ejecución de contratos, las entidades estatales buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran en la consecución de los fines mencionados. Por estas razones, el régimen de responsabilidad contractual, en estos casos particulares, debe estar orientado por los principios citados, sin perjuicio de la aplicación de las normas civiles y comerciales pertinentes, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que remite a su aplicación.

Establecido este marco general, para efectos de la configuración de la responsabilidad contractual por el incumplimiento de los contratos estatales, es necesario que se acrediten, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, los siguientes requisitos:

¹³² Tribunal Arbitral de Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A. v. La Nación – Ministerio de Comunicaciones. Laudo de 17 de febrero de 2009. Árbitros: Jorge Cubides Camacho, Rodrigo Noguera Calderón y Juan Carlos Henao Pérez.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*"Es necesario tener en cuenta que para que se estructure la responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, es necesario acreditar: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento."*¹³³

A lo anterior se suma la necesidad de acreditar el vínculo preexistente, así:

*"Conviene distinguir los conceptos y las pretensiones en razón a que las causas de imputación de responsabilidad –bien sea en relación con el acto ilegal o con el incumplimiento o el desequilibrio que ahora se distinguen- son diversas y de allí se pueden desprender diferencias en relación con lo que se debe demostrar en el proceso y la forma de liquidación de la respectiva condena. Acerca de la prueba que soporta las distintas pretensiones dentro de la acción contractual se puede realizar la siguiente precisión: (...) ii) El incumplimiento del contrato se acredita mediante la prueba de la obligación contractual – es decir del contrato y su contenido –, de la falta o falla en la prestación debida y del daño causado por ella."*¹³⁴

En esta última sentencia citada, el Consejo de Estado hizo referencia a la sentencia de 4 de julio de 2002 proferida por la Corte Suprema de Justicia en la que se señaló:

"Sabido es que para que la responsabilidad contractual se estructure, deben converger, entre otros, los siguientes requisitos: a) Liminarmente que se haya incumplido un deber contractual, ya porque no se ejecutó total o parcialmente la prestación debida, ora porque se ejecutó defectuosa o tardíamente; b) Que ese incumplimiento haya producido un daño, es decir, una lesión en el

¹³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 26 de agosto de 2015. Rad. 43.227. C. P. Hernán Andrade Rincón (E).

¹³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 2 de diciembre de 2015. Rad. 36.285. C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

patrimonio del actor y, c) Que exista un nexo de causalidad entre el primero y el segundo.”¹³⁵

Con fundamento en los pronunciamientos transcritos y en las disposiciones constitucionales y legales que regulan la responsabilidad por incumplimiento en el marco de la contratación administrativa, concluye el Tribunal que la prosperidad de una pretensión de responsabilidad contractual por el incumplimiento de un contrato estatal se encuentra supeditada a la verificación de los siguientes requisitos: (i) la existencia de un vínculo jurídico previo entre las partes, del que surgen obligaciones; (ii) el incumplimiento de una o varias obligaciones; (iii) un daño antijurídico; y (iv) un título de imputación fáctico y jurídico que permita atribuir la responsabilidad al deudor incumplido.

La primera de las exigencias, esto es, la preexistencia de un vínculo jurídico previo y concreto, ha generado algún debate, particularmente en la doctrina, sobre si se refiere a la existencia de un contrato válido o si basta cualquier otro tipo de vínculo del que nazcan deberes de prestación entre personas determinadas. La Corte Suprema de Justicia, en algunas ocasiones ha sostenido que para que se pueda hacer referencia a la responsabilidad contractual se hace necesario el incumplimiento de obligaciones previamente adquiridas, lo que supone que las personas estaban atadas por un vínculo que normalmente, pero no siempre, corresponde a un contrato ¹³⁶. Sin embargo, la tesis mayoritaria parece decantarse por la idea de que dicho vínculo preexistente necesariamente debe ser un contrato. Comoquiera que en el presente caso es claro que entre las partes se celebró un contrato estatal, el Tribunal no profundizará en el debate, puesto que resulta innegable que existe un vínculo jurídico previo, singular y concreto, a saber: el Contrato de Concesión No. 887 de 2011.

Respecto del requisito del incumplimiento, que corresponde a la falta de ejecución total de la prestación, o a su ejecución parcial (se cumple únicamente una parte de lo debido), tardía (se cumple fuera del plazo pactado o de la

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de julio de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

¹³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de mayo de 1983. M. P. Jorge Salcedo Segura. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de mayo de 1970. M. P. Guillermo Ospina Fernández.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

oportunidad en que era útil al acreedor) o defectuosa (en una forma distinta a la convenida), el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

"Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

"No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», que «el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes» y que «el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.»

"En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida (...).¹³⁷ (se destaca)

Se colige de la cita precedente que habrá incumplimiento cuando la conducta del deudor se aleje de lo convenido por las partes e impida, en consecuencia, la satisfacción de los intereses del acreedor. Para efectos de establecer si se cumple o no este requisito, habrá que analizar en cada caso las obligaciones pactadas, su alcance y su naturaleza, puesto que la forma en que se debe cumplir una prestación depende, principalmente, de su contenido, es decir, de si se trata de un dar, un hacer o un no hacer. Así, por ejemplo, el incumplimiento de una obligación de no hacer, que consiste en una abstención, se configura cuando el deudor ejecuta la acción contraria, mientras que el

¹³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 24 de julio de 2013. Rad. 25.131. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

incumplimiento de una obligación de hacer, por el contrario, consiste en abstenerse de realizar la actividad pactada.

En tercer lugar, el acreedor que reclama la indemnización de los perjuicios debe demostrar que el incumplimiento le ha causado un daño, definido por la jurisprudencia como *"un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad"*¹³⁸. A esta definición debe adicionarse que, conforme lo establece el artículo 90 de la Constitución, el daño debe ser antijurídico, es decir, la persona que lo padece no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta característica es uno de los requisitos para que el daño sea resarcible, puesto que no todo perjuicio da lugar a una indemnización, en la medida en que debe ser personal, cierto y directo, además de antijurídico.

Sobre la noción de antijuridicidad del daño, la doctrina ha explicado:

*"Se considera como tal la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de una persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien la padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno."*¹³⁹

Como se observa, el daño es el elemento fundamental para que pueda surgir la obligación indemnizatoria en cabeza de su causante o de quien deba responder por él, que consiste en una afectación a intereses vinculados con el patrimonio de la víctima o con bienes que hacen parte de su esfera extrapatrimonial. Sin embargo, no todo daño reviste la relevancia jurídica suficiente para que sea indemnizable, sino que, como se anunció, además de antijurídico, debe ser personal, cierto y directo. Estas últimas tres condiciones se refieren, respectivamente: a que la persona que pretenda la reparación sea quien sufrió el daño en un interés propio; que el daño sea real, efectivo y verificable, sin

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 1º de noviembre de 2013.

¹³⁹ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2017. p. 745.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

perjuicio de que su existencia sea actual o futura; y que el daño sea consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento.

En línea con lo anterior, se establece un tercer requisito autónomo para el surgimiento de la responsabilidad, que corresponde a la existencia de un título de imputación. Al respecto, considera el Tribunal importante precisar que la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia del Consejo de Estado se orienta por estudiar la imputación con fundamento en un análisis dual, fáctico y jurídico, de las razones de hecho y de derecho que permiten atribuirle al demandado la obligación de indemnizar los perjuicios causados al demandante. Es así que, en múltiples pronunciamientos, particularmente en sede de responsabilidad extracontractual del Estado, dicha Corporación ha explicado que son presupuestos para la configuración de la responsabilidad del Estado, con fundamento en el artículo 90, los siguientes: un daño antijurídico y la imputación del mismo a la administración pública, por acción u omisión. Sin embargo, se ha precisado que la imputación *"exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional)"*¹⁴⁰. Como se observa, en la jurisprudencia contencioso administrativa la imputación comprende, por un lado, el análisis de las circunstancias de hecho que llevaron a la producción del daño, y, por otro, el estudio de las razones jurídicas que buscan identificar a qué título –o por qué razón– está llamado a responder el demandado.

En lo que respecta a la imputación fáctica, es necesario que exista un vínculo o nexo causal entre el incumplimiento del deudor y el daño sufrido por el acreedor. Se trata, como lo define la doctrina, de la *"necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido"*¹⁴¹. El fundamento normativo de esta exigencia, en sede contractual, se encuentra en

¹⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 16 de febrero de 2017

¹⁴¹ Pizarro, Ramón Daniel. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, contractual y extracontractual*. Tomo I. Ed. La Ley. (2006). p. 87. Citado por Rojas Quiñones, Sergio & Mojica Restrepo, Juan Diego. *El nexo de causalidad: de la causa adecuada a la imputación objetiva*. Capítulo en Rojas Quiñones, Sergio. *Responsabilidad civil: la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez. (2014). p. 221.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

el artículo 1616 del Código Civil, que dispone que los perjuicios deben ser consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. Asimismo, el artículo 90 de la Constitución Política también señala que el Estado será responsable por los daños que le sean imputables y que hayan sido causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, disposición de la que se desprende con claridad la necesidad de acreditar una relación de causa-efecto entre la conducta dañosa y los perjuicios sufridos por la víctima.

La verificación del vínculo causal permite establecer, por un lado, qué fue lo que ocurrió a nivel fáctico, y, por otro, hasta dónde se extiende la obligación indemnizatoria a cargo del responsable. En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

"Demostrar la relación de causalidad es esencial para determinar el patrimonio al cual se le imputa la responsabilidad por un daño determinado. En sede de responsabilidad civil, «[la] existencia de un nexo causal entre la actividad (y de forma más tardía, la conducta omisiva), del sujeto a quien se imputa el daño y el hecho dañoso ha constituido históricamente un presupuesto inexcusable de la responsabilidad civil». Una situación similar se presenta en materia de responsabilidad patrimonial del Estado.

"Para su determinar el nexo causal jurídicamente relevante, dentro del amplio e infinito abanico de concausas que concurren para la producción de un suceso, se ha utilizado la teoría de la conditio sine qua non, por virtud de la cual se consideran causas necesarias del daño aquellas que, tras ser eliminadas mediante un proceso mental posterior, resultan en la inexistencia del efecto dañoso.

"Sin embargo, la fórmula de la conditio sine qua non recibió críticas desde sus inicios, ya que "por afirmar demasiado, no resuelve nada». Ésta, se ha afirmado, resulta inútil como criterio de imputación y como «método de indagación de las causas naturales de un fenómeno», ya que en casos de causalidad «alternativa» o «hipotética», así como en casos de «causas concurrentes», la eliminación teórica de un factor siempre daría como resultado la producción del daño. Además, y ante todo, resulta inútil en cuanto

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

presupone el conocimiento previo de la causa, ya que «sólo puede calcularse las consecuencias de eliminar un antecedente si se dispone antes del conocimiento exacto sobre los efectos que produce».

*"Ante estas limitaciones, la conditio sine qua non ha sido objeto de reelaboraciones. (...) la **conditio sine qua non definida de acuerdo con las leyes de la ciencia o las máximas de la experiencia** sigue siendo un criterio empleado y vigente."*¹⁴² (se destaca)

Como se observa, es indispensable la acreditación de una relación causal para efectos de imputar responsabilidad a la parte incumplida en el contrato. Así, reitera el Consejo de Estado que *"una vez constatada la existencia del daño, procede a realizar el estudio de imputación, para lo cual será determinante establecer si el daño puede atribuirse a la entidad demandada"*¹⁴³ y para estos efectos se han desarrollado diversas teorías con el fin de establecer cuál de los múltiples antecedentes que concurren a la producción del daño puede tenerse como causa, como lo son la de la causa eficiente, la de equivalencia de las condiciones y la de la causa próxima, entre otras. Actualmente, siguiendo la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado, el estudio de la causalidad se fundamenta tanto en la teoría de la *conditio sine qua non* para establecer qué circunstancias de hecho efectivamente contribuyeron a la producción del daño, como en los criterios de la causalidad adecuada¹⁴⁴ para *"realizar un juicio de causalidad hipotética, ex post, en el que [se] identifica o establece si en condiciones normales el hecho se hubiera seguido produciendo por la misma*

¹⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 1º de octubre de 2018. Rad. 46.787. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

¹⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 27 de septiembre de 2018. Rad. 42.545. C.P. María Adriana Marín.

¹⁴⁴ *"Para suavizar este criterio [teoría de la equivalencia de las condiciones], se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño... A no dudarlo, la aceptación de la causa extraña como causal liberatoria de la presunción de responsabilidad es, en el fondo, la consagración de la teoría de la causalidad adecuada... aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse de tal modo, que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño".* – Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*razón que se generó*¹⁴⁵. El estudio de este requisito, como se mencionó en líneas anteriores, es abordado por el Consejo de Estado como un asunto de imputación del daño, como sigue:

"Imputar - para nuestro caso - es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último.

"De allí que elemento indispensable - aunque no siempre suficiente - para la imputación, es el nexo causal entre el hecho causante del daño y el daño mismo, de modo que este sea el efecto del primero.

"Por eso, la parte última del inciso primero del artículo 90 de la C.P., en cuanto exige - en orden a deducir la responsabilidad patrimonial del Estado -, que los daños antijurídicos sean «causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas», está refiriéndose al fenómeno de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica.

"(...)

*"En este entendimiento, la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas, en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño."*¹⁴⁶

¹⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 27 de septiembre de 2018. Rad. 42.545. C.P. María Adriana Marín. Sobre causalidad adecuada, resulta ilustrativa la sentencia de 26 de septiembre de 2002, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor Jorge Santos Ballesteros, en la que se señaló: "Y hoy, con la adopción de un criterio de razonabilidad (...) se asume que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más «adecuado», el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño y sin que se puedan menospreciar de un tajo aquellas circunstancias azarosas que pudieron decidir la producción del resultado, a pesar de que normalmente no hubieran sido adecuadas para generarlo (...)."

¹⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de octubre de 1999. Rad. 10948-11643. C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Por otra parte, para que se entienda satisfecho este requisito, es necesario adelantar el análisis de la imputación jurídica, que se refiere a identificar a qué título está llamado a responder el contratante incumplido por la inobservancia de deberes jurídicos de comportamiento. Por regla general, se responderá a título subjetivo por culpa o dolo, lo que supone un reproche a la conducta del agente causante del daño que se aparta del estándar ideal que le era exigible. Sobre este punto, el Consejo de Estado ha señalado que *"el incumplimiento de las obligaciones contractuales, bien sea, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de **responsabilidad por culpa** que sólo admite exoneración, en principio, por causas ajenas o imputables al contratante que alega el incumplimiento"*¹⁴⁷ (se destaca). Sin embargo, es importante tener en cuenta en estos casos la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado, puesto que, en el primer caso, adicional a las causas ajenas o imputables al contratante, a las que se refiere la cita jurisprudencial, se admite la prueba de la diligencia del deudor para exonerarse de responsabilidad.

Acreditados los requisitos anteriores, el deudor deberá indemnizar los perjuicios causados al acreedor con su incumplimiento.

2.2. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL.

2.2.1. Pretensiones relativas al esquema de remuneración del Contrato de Concesión No. 887 de 2011

4.1. Declarativas

4.1.1. Declarar que el contenido del Documento de 5 de abril de 2011 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011 publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011 hace parte integral del pliego de condiciones y por tanto del contrato 887 de 2011.

4.1.2. Declarar que conforme al contenido del Documento de 5 de abril de 2011 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011 publicado en el

¹⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 13 de diciembre de 2017. Rad. 36.321. C.P. Stella Conto Díaz.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

SECOP el 6 de abril de 2011, el derecho del concesionario a utilizar el SISTEMA por el cual se opera el Juego LOTO EN LÍNEA BALOTO para la operación de otros juegos de suerte y azar y para su uso comercial, está condicionado al acuerdo previo entre las partes sobre la remuneración por tal concepto a la propietaria del SISTEMA, hoy COLJUEGOS, plasmado en el respectivo otrosí.

4.1.3. Declarar que conforme a las cláusulas del contrato 887 de 2011 entendidas íntegramente en el pliego de condiciones y las aclaraciones al pliego, el único evento en el cual el concesionario GTECH S.A.S. está exento de pagar a la concedente por el uso del SISTEMA, es con ocasión de su utilización para la operación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO.

4.1.4. Declarar que el pago realizado por la concesionaria GTECH S.A.S., durante la ejecución del contrato 887 de 2011, a título de gastos de administración, sólo concierne a uno de los pagos a los que está obligada por la ley de régimen propio del monopolio de los juegos de suerte y azar, y como parte de la contraprestación por la operación del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO.

4.1.5. Declarar que el pago realizado por la concesionaria GTECH S.A.S., a título de gastos de administración, no constituye retribución por la utilización del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS, para la operación de otros juegos de suerte y azar y servicios comerciales.

4.1.6. Declarar que conforme a la Cláusula Quinta del contrato 887 de 2011, el mantenimiento del SISTEMA es una obligación que corresponde al concesionario y cuyo pago se realiza con cargo a las ventas brutas del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO.

4.1.7. Declarar que en los términos de la Cláusula Quinta del Contrato de concesión 887 de 2011, la retribución del contratista por la operación y explotación del juego de suerte y azar LOTO EN LÍNEA BALOTO, solo corresponde al porcentaje sobre los ingresos brutos de ese juego, predeterminado en esa cláusula.

4.1.8. Declarar que el estudio de factibilidad de la explotación del juego LOTO EN LÍNEA BALOTO por el término de 5 años comprendidos entre el 19 de abril de 2012 y el 19 de abril de 2017, incorporado en la propuesta presentada por GTECH S.A.S. dentro de la Licitación pública 001 de 2011, que arrojó un resultado positivo, no tuvo en cuenta los ingresos provenientes del uso del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

SISTEMA en actividades diferentes a la explotación del juego LOTO EN LÍNEA-BALOTO.

2.2.1.1. Posiciones de las partes

a. Posición de la Convocante

Según se ha reseñado, la convocante solicita que se declare que las respuestas a las solicitudes de aclaraciones del pliego de condiciones dentro del proceso de licitación pública No. 001 de 2011, plasmadas en el documento de 5 de abril de 2011, hacen parte integral del pliego de condiciones y del Contrato de Concesión No. 887 de 2011 (pretensión 4.1.1). Igualmente solicita que se declare que en el mencionado documento de aclaraciones, el uso del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y para servicios comerciales se condicionó al acuerdo previo entre las partes sobre la remuneración a favor de la concedente, recogido en un otrosí (pretensión 4.1.2).

También solicita que se declare que las cláusulas del Contrato, el pliego de condiciones y sus aclaraciones, señalan que el único caso en el que el concesionario está exento de pagar a la concedente por el uso del Sistema, es en el de la operación del BALOTO (pretensión 4.1.3). En esta misma línea, pretende que se declare que el pago realizado por la concesionaria a título de gastos de administración corresponde solamente a uno de los pagos a los que está obligada por la ley como parte de la remuneración por la operación del BALOTO (pretensión 4.1.4) y que el pago mencionado no constituye una retribución por el uso del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y para prestar servicios comerciales (pretensión 4.1.5).

Por otra parte, pretende la declaratoria de que el mantenimiento del Sistema es una obligación a cargo del contratista, cuyo pago se efectúa con cargo a las ventas brutas del BALOTO (pretensión 4.1.6); que se declare que la retribución por la operación y explotación del BALOTO únicamente corresponde al porcentaje sobre los ingresos brutos, definido en la cláusula quinta del Contrato (pretensión 4.1.7); y que se declare que el estudio de factibilidad de la explotación del BALOTO no tuvo en cuenta los ingresos provenientes del uso del Sistema en actividades diferentes a explotación (pretensión 4.1.8).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Los hechos que sirven de sustento a estas pretensiones pueden sintetizarse de la siguiente manera:

En el marco de la Licitación Pública 001 de 2011, la entidad concedente puso a disposición de los interesados un estudio de viabilidad del juego, que realizó con base en datos históricos de la ejecución de los anteriores contratos de concesión que tuvieron por objeto la explotación del BALOTO, y con base en el estudio de mercado de juegos de suerte y azar elaborado por el Centro Nacional de Consultoría de octubre de 2010.

Para efectos de determinar el valor de la propuesta, se estableció como elemento central *"el ofrecimiento de las sumas a pagar por concepto de derechos de explotación y gastos de administración"*, calculados sobre las ventas brutas del BALOTO. En este sentido, para la evaluación económica y financiera del proyecto, en el pliego de condiciones se exigió incluir dentro del cálculo de la ecuación financiera todo lo que hiciera parte de las cargas económicas de la operación del BALOTO, que debían ser atendidas con los ingresos brutos de las ventas. El valor de la propuesta dependía del pago ofrecido a título de derechos de explotación y gastos de administración, *"calculados sobre la proyección de ventas estimada en el estudio de factibilidad que cada oferente debía incorporar en su propuesta"*. Argumenta que desde la minuta del contrato que se acompañó con el pliego de condiciones, se estableció que la contraprestación del concesionario solo provendría de la explotación del BALOTO.

El estudio de factibilidad presentado por la promesa de sociedad futura GTECH S.A.S. únicamente tuvo en cuenta como ingresos los provenientes de la venta del BALOTO durante los cinco (5) años de operación, sin que hubieran considerado ingresos provenientes de otras actividades como la operación de otros juegos de suerte y azar o su uso para actividades comerciales.

De conformidad con la regulación legal (Ley 643 de 2001 y Acuerdo 054 de 2010 del Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar), en las cláusulas cuarta y quinta del Contrato se pactó que el contratista debía pagar a favor de la concedente: (i) el 32% de las ventas brutas a título de derechos de explotación y (ii) el 1% del valor de los derechos de explotación por concepto de gastos de administración. El valor de la contraprestación del concesionario se pagaría con los recursos recaudados con la explotación y operación del juego BALOTO, según lo pactado en el parágrafo segundo de la cláusula quinta del Contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Respecto del documento de aclaraciones de 5 de abril de 2011, precisa que el mismo se publicó en el SECOP el 6 de abril del mismo año y que el cierre de la licitación pública se dio el 14 de abril de 2011, de manera que habiéndose publicado dentro del término establecido por el numeral 5° del artículo 30 de la Ley 80, produce efectos vinculantes para las partes.

Finalmente, manifiesta que dentro de las obligaciones a cargo del concesionario se incluyó en el literal c) de la cláusula sexta el mantenimiento del Sistema, que abarcaba tanto los elementos entregados por la entidad concedente como los que el concesionario debía instalar.

b. Posición de la Convocada

En el escrito de contestación de la demanda principal, la convocada se opuso a las pretensiones arriba reseñadas por cuanto, en su concepto, la respuesta dada durante el periodo de aclaraciones del pliego de condiciones, de 5 de abril de 2011, fue sustituida expresamente en el Contrato y en el Acta de Inicio de 13 de abril de 2012, que prevalecen sobre los actos preparatorios. También argumenta que en la cláusula quinta del Contrato se estableció el "Valor del Contrato", que constituye la contraprestación total a favor de la concedente, más los ingresos adicionales expresamente previstos en el Contrato. En consecuencia, el "Valor del Contrato" remunera los derechos a operar y explotar el BALOTO y a usar el Sistema para operar y explotar servicios comerciales, porque las partes no pactaron expresamente una remuneración adicional por dicho concepto. Señala que los gastos de administración son parte del valor del contrato.

Precisa que si bien la remuneración por la operación y explotación del BALOTO corresponde a un porcentaje sobre los ingresos brutos que se obtengan del juego y esa es la contraprestación que la entidad concedente recibe bajo el Contrato, ello no obsta para que el concesionario pueda obtener ingresos adicionales de contratos celebrados con terceros para la utilización del sistema para operar otros juegos de suerte y azar y para prestar servicios comerciales. Señala entonces que el valor de la contraprestación del concesionario proviene principalmente de la operación y explotación del BALOTO, pero el concesionario está autorizado a usar el Sistema para operar y explotar otros juegos de suerte y azar y para prestar servicios comerciales, por lo que puede obtener ingresos a partir del ejercicio de estos derechos.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Como excepción de mérito relacionada con este grupo de pretensiones formuló la defensa que denominó "*Cumplimiento del contrato por parte de IGT*", en la que desarrolló los siguientes planteamientos, en cuanto resulta pertinente en relación con las pretensiones que se analizan: (i) IGT-SAS no está obligada a reconocer a la concedente remuneración por el uso del sistema para la prestación de servicios comerciales, adicional a la que ya paga bajo el concepto de "valor del contrato; (ii) Coljuegos autorizó expresa y previamente a IGT SAS a usar el sistema para operar y explotar otros juegos de suerte y azar y prestar servicios comerciales. El inicio de la operación de los otros juegos de suerte y azar no requería el previo cumplimiento de una condición consistente en el acuerdo escrito entre las partes sobre el monto y la oportunidad de pago de la remuneración a favor de Coljuegos por tal concepto; (iii) IGT SAS actuó con la confianza legítima de estar autorizada expresa y previamente por Coljuegos a usar el sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar y prestar servicios comerciales; y (iv) IGT SAS no incumplió el contrato pues el pago de la remuneración por usar el sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar aún no ha sido determinado por las partes ni por un tercero, por lo tanto no es exigible.

En su desarrollo, entre otras consideraciones que se analizarán al despachar las pretensiones relacionadas con el incumplimiento del contrato, expuso que IGT Games ha pagado la remuneración por el uso del sistema convenida en el "valor del contrato". Señaló que la manifestación incorporada en el documento de respuesta a la solicitud de aclaraciones fue descartada intencionalmente al suscribirse el Contrato y el acta de inicio del 19 de abril de 2012, toda vez que el uso del sistema para servicios comerciales se autorizó sin que hubiera remuneración distinta a la del valor del contrato y respecto de otros juegos de suerte y azar las partes acordaron convenir en un momento posterior la remuneración que de allí pudiera derivarse. Manifestó igualmente que las estipulaciones contractuales reconocen el derecho al uso del sistema para la otros juegos de suerte y azar y para servicios comerciales (cláusulas sexta, literal b. y séptima, literal a., así como en el Acta de Inicio), lo que fue ratificado mediante la correspondencia cruzada entre las partes luego de la celebración del contrato. Destaca la convocada que siempre actuó con la confianza legítima de estar autorizada para usar el sistema, lo que se consolidó en cuanto que IGT SAS nunca recibió requerimiento de la concedente para que dejara de utilizar el sistema. Finalmente, indicó que como la remuneración por el uso del sistema aún no ha sido determinada por las partes o por un tercero, dicha prestación no es exigible a IGT SAS.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

2.2.1.2. Los documentos precontractuales y sus efectos en el contrato estatal

El artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que consagra las reglas relativas al principio de economía, dispone en el numeral 12 que, con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones. Con fundamento en esta norma, en armonía con otras disposiciones de la misma Ley¹⁴⁸, se ha desarrollado el denominado "deber de planeación", que igualmente reviste la naturaleza de ser un principio de la contratación estatal. De conformidad con este deber, *"los contratos del Estado «deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad»"*¹⁴⁹. La planeación implica entonces, como garantía del cumplimiento de los fines estatales, adelantar todas las actuaciones previas a tramitar el proceso de selección del contratista y a la suscripción del contrato, que permitan una gestión eficiente de los recursos, como lo son: (i) la estructuración de un proyecto viable con base en estudios previos elaborados por profesionales; (ii) la definición de los requisitos habilitantes de los proponentes y de los criterios de calificación de las ofertas, que permitan la selección de un contratista que efectivamente pueda ejecutar el contrato; y (iii) el establecimiento de un presupuesto y un cronograma, entre otras.

Una de las principales manifestaciones de este principio se encuentra en los pliegos de condiciones, que corresponden a un acto administrativo precontractual en el que la entidad estatal contratante fija unilateralmente las reglas que regirán el proceso de selección del contratista, así como las condiciones de celebración, ejecución y terminación del contrato que se habrá de celebrar. En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

"(...) [el] pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del

¹⁴⁸ Numerales 6, 7, 11, 13 y 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993; numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993; y numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993. Al respecto, ver: Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Ed. Universidad Externado (2017). pg. 643.

¹⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 24 de abril de 2013. Rad. 27315. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.

"En ese orden de ideas, el pliego contiene dos tipos de preceptos que vale la pena identificar: i) los de regulación del procedimiento administrativo de selección del contratista, que garantizan los postulados de transparencia, de igualdad, de economía y de selección objetiva, ya que en ellos es preciso que se identifique y describa de manera clara la necesidad pública que se requiere satisfacer, esto es, el objeto del contrato a suscribir, así como los parámetros de calificación o evaluación que serán tenidos en cuenta para la valoración de las ofertas presentadas, los cuales deben ser precisos, claros, justos y objetivos, sin que se permita introducir factores subjetivos por parte de la administración contratante, así como las etapas y los plazos en que se adelantará el respectivo proceso, y ii) los propios del negocio jurídico, es decir, aquellos que se imbricarán o insertarán al texto del contrato estatal para hacer parte integral del mismo, en los que se destacarán el objeto, plazo, precio, cláusulas exorbitantes (en caso de que sean procedentes), etc.

"Como se aprecia, el pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último.*¹⁵⁰

El pliego de condiciones es entonces el instrumento principal de planificación en materia de contratación pública, que consiste en un acto administrativo que recoge los términos y condiciones que deben observarse en las distintas actuaciones dentro del proceso de selección del contratista, así como las reglas del contrato que se celebrará. Es decir, el pliego de condiciones es tanto la ley del proceso de selección como la ley del contrato, comoquiera que el pliego hace parte integral del contrato y sus disposiciones son criterio de interpretación del respectivo negocio jurídico. Los pliegos de condiciones tienen por objeto, en la etapa precontractual, establecer los requisitos de participación de los oferentes, los criterios de evaluación y calificación de las ofertas, y el trámite del proceso de selección. Por su parte, en lo que respecta al contrato, se orientan a establecer el objeto del mismo, el plazo de ejecución, el valor del contrato, la asignación de riesgos, y la minuta del contrato, entre otros.

Ahora bien, es importante precisar que el desarrollo de los pliegos de condiciones debe armonizarse con los postulados del principio de transparencia, que impone que la selección del contratista sea precedida de un procedimiento administrativo público y del que se deriva una carga de la claridad para la entidad contratante. En este sentido, los pliegos de condiciones deben establecer reglas claras y precisas para las personas que concurren al proceso de selección, de manera que se garanticen sus derechos y la efectividad del contrato que se pretende celebrar. Es por esta razón que la ley les concede a los interesados la posibilidad de solicitar aclaraciones, para efectos de que la entidad contratante precise los términos de los pliegos. De allí que el artículo 30 de la Ley 80 de 1990, al regular la licitación pública, disponga en su numeral 4º que *"dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes"*; esto, sin perjuicio de que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, con copia a todos los que retiraron pliegos.

¹⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 24 de julio de 2013. Rad. 25642. C.P. Enrique Gil Botero.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Es importante distinguir la aclaración de un escenario distinto que sería el de las modificaciones a los pliegos, que deben tramitarse por un procedimiento particular, regulado en los decretos reglamentarios de las normas de contratación pública¹⁵¹. En concreto, el artículo 2.2.1.1.1.3.1 el Decreto 1082 de 2015¹⁵², define las adendas como el "*documento por medio del cual la Entidad Estatal modifica los pliegos de condiciones*". Y más adelante dispone:

"Artículo 2.2.1.1.2.2.1. Modificación de los pliegos de condiciones. La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

"La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato.

"La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación."

De las citas precedentes se colige que la aclaración tiene por objeto despejar las dudas que se puedan presentar sobre la intención de la entidad contratante o superar confusiones sobre los términos fijados por la entidad en el pliego de condiciones, mientras que la modificación supone cambiar verdaderamente lo que fue consignado en este documento. Esta circunstancia ha generado algún debate en la jurisprudencia sobre el efecto vinculante o no de las aclaraciones, particularmente cuando se pueda considerar que estas últimas, las aclaraciones, comportan alguna modificación al pliego sin que conste en una adenda.

¹⁵¹ El numeral 4º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, dispone: "Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles".

¹⁵² Si bien el decreto 1082 de 2015 compila las normas del Decreto 1510 de 2013, que no estaba vigente al momento de la tramitación de la Licitación Pública No. 001 de 2011 ni al tiempo de celebración del Contrato de Concesión No. 887 de 2011, la referencia a esta disposición y al desarrollo jurisprudencial que se ha presentado en esta materia, resulta útil para la solución de las controversias relativas a los efectos de las aclaraciones a los pliegos de condiciones, como pasa a explicarse.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Sobre el particular, en sentencia de 3 de mayo de 2007, el Consejo de Estado señaló:

"Es pues evidente, que el pliego de condiciones, elaborado por la Administración unilateralmente, contiene una serie de disposiciones que, una vez abierta la licitación y entregado el pliego a los participantes en la misma, se tornan obligatorias e inmodificables, salvo las expresas excepciones permitidas por la ley, y tal obligatoriedad se pregona no sólo frente a los proponentes, sino también, y con mayor razón, de cara a la misma entidad que lo elaboró; cuando se dice que el pliego de condiciones es ley del proceso de selección y del futuro contrato, debe entenderse que lo es, para todos los intervinientes en el primero, y para las partes del segundo; luego dicho documento, es ley también para la entidad licitante, que, en consecuencia, está sujeta a sus términos.

"Conforme a lo indicado en el numeral 4º del artículo 30 de la mencionada ley, dentro de los 3 días hábiles siguientes a la apertura de la licitación, que es el mismo «...inicio del plazo para la presentación de propuestas...» al que se refiere la norma, y a solicitud de cualquiera de los participantes en el proceso de selección, «...se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance ...» del pliego de condiciones, serán oídos los proponentes que asistan y se levantará un acta de la reunión; como consecuencia de lo allí debatido, y cuando sea necesario o conveniente, como dice la norma, «...el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos ...», y si se requiere, prorrogará el término de la licitación o concurso, hasta por 6 días hábiles.

"Es decir que se da la oportunidad a la Administración, una vez abierta la licitación, de corregir el pliego de condiciones, en el evento en que el mismo contenga disposiciones confusas, ambiguas, poco claras, etc., cuando así lo hayan advertido y solicitado los mismos participantes, debiendo la entidad hacer tales correcciones o aclaraciones, mediante la expedición de adendos, que no son más que actos suscritos por el funcionario competente, que deben ser entregados a todos los participantes en el proceso de selección, para que se enteren de esas correcciones o aclaraciones; esto significa

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*que la modificación del pliego de condiciones en esa etapa del proceso de selección, no puede producirse de cualquier manera, sino mediante el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, y para los efectos en ella contemplados."*¹⁵³

De acuerdo con esta posición, la modificación al contrato únicamente puede darse mediante adendas y no podrían incluirse cambios o ajustes en documentos distintos como, por ejemplo, la respuesta a la solicitud de aclaraciones.

Más recientemente, en 2013, luego de expedido el Decreto 1510 de 2013 que regula el régimen de las adendas y que fue compilado en el Decreto 1082 de 2015 antes citado, el Consejo de Estado ha señalado:

"El numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 30 numeral 2º de ese mismo estatuto, impone a las Entidades Estatales Contratantes el deber de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia con anterioridad a la apertura misma de las correspondientes licitaciones o concursos, al tiempo que ordena que dichos pliegos o términos de referencia contengan reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, que aseguren la escogencia objetiva del contratista y que eviten la declaratoria de desierta de la licitación; en dichos pliegos, la entidad pública debe definir el objeto del contrato, las condiciones de costos, precio y calidad, los derechos y deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista.

"(...)

"Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de

¹⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Rad. 16209. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.

"A propósito de la formalidad del adendo a la que alude la parte demandada apelante, sea esta la oportunidad para precisar que si bien normativamente se ha establecido que cualquier modificación al pliego de condiciones o términos de referencia está llamada a implementarse a través de adendos, lo cierto es que la norma no estableció algún tipo de exigencia formal para su expedición.

"Una vez consultado el significado literal de la palabra adendo se encuentra que corresponde a un «Conjunto de textos que se añaden a una obra escrita ya terminada o a una de sus partes para completarla y actualizarla». De ahí que constituirá un adendo, todo lo que adicione, agregue o complete el texto inicial, es decir que contenga una previsión que el documento original no tenía.

"Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de «adendo», la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes.

"En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones.*¹⁵⁴

Y con fundamento en esta última providencia, el Consejo de Estado reconoce el efecto vinculante de las aclaraciones a los pliegos de condiciones, así:

*"Con apoyo en el pronunciamiento jurisprudencial al que se ha hecho referencia, resulta propio en esta oportunidad advertir que la fuerza vinculante de las respuestas a las aclaraciones a los pliegos de condiciones cobija no sólo a la Administración por ser ella, que en su calidad de configuradora de los pliegos de condiciones y directora del procedimiento contractual, debe cumplir la carga de claridad de las reglas del procedimiento de selección, sino también a los oferentes quienes, a su turno, deben cumplir con varias cargas que les impone el orden legal por el hecho de aspirar a convertirse en colaboradores de la Administración, camino que deben recorrer con arreglo a las disposiciones que el ordenamiento jurídico contempla sobre la materia y con sujeción a los lineamientos que para ese fin haya previsto válidamente el pliego de condiciones. Dentro de esas cargas precisamente se encuentra la de acatar las aclaraciones que sobre las cláusulas de los pliegos de condiciones haya precisado, de manera oportuna y con la publicidad requerida, la entidad estatal contratante, a riesgo que de no observarlas se obtenga un resultado desfavorable en el procedimiento licitatorio."*¹⁵⁵

Con fundamento en lo anteriormente señalado, el Tribunal concluye que las aclaraciones a los pliegos de condiciones tienen efectos vinculantes para todos los oferentes, puesto que allí se recogen los criterios de interpretación de las

¹⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 16 de septiembre de 2013. Rad. 30571. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 1º de octubre de 2014. Rad- 30614. C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

expresiones utilizadas por la entidad contratante, de manera que las frases oscuras, o las condiciones cuyo alcance sea confuso o que generen dudas, deben entenderse en el sentido en que la entidad realizó la correspondiente aclaración. En consecuencia, si dentro de la oportunidad legal se emiten aclaraciones que son oportunamente publicadas y puestas en conocimiento de todos los interesados, estos últimos no podrán luego desconocer su contenido.

En el asunto que ocupa la atención del Tribunal, en documento de 5 de abril de 2011 se dio respuesta a las solicitudes de aclaración elevadas por CORREDOR EMPRESARIAL S.A., GTECH DE COLOMBIA S.A. y la ORGANIZACIÓN FEMSO COLOMBIA. Se destaca, para efectos del presente proceso, la respuesta a las solicitudes de aclaración presentadas por la sociedad CORREDOR EMPRESARIAL S.A., respecto de las cuales la sociedad concedente aclaró el literal b de la cláusula sexta de la minuta del contrato en el sentido de precisar que *"el uso del sistema para correr el juego de suerte y azar denominado LOTO EN LÍNEA – BALOTO no tendrá ningún costo para el futuro CONCESIONARIO. En el evento de pretender usarlo para la operación y explotación de otros juegos y/o servicios comerciales, se requerirá de un acuerdo previo sobre el valor a cobrar por dicho concepto, lo que se formalizará por medio de un otrosí al contrato de concesión"*¹⁵⁶. Este documento fue publicado en el SECOP ese mismo día, según consta en las consideraciones de la Resolución No. 0731 de 2011¹⁵⁷, y la licitación pública se cerró el 14 de abril de 2011, de manera que la publicación se dio con seis días hábiles de antelación a la fecha de cierre. Se satisfizo así el requisito de publicidad y, por ende, la aclaración produce efectos vinculantes.

Ahora bien, considera el Tribunal que no es procedente el argumento expuesto por la convocada en el sentido de que lo señalado en la aclaración fue luego sustituido por el texto del Contrato, porque las aclaraciones hacen parte del pliego de condiciones en la medida en que fijan las pautas de su interpretación, y este a su vez se incorpora al contrato estatal, por lo que la aclaración tiene plena aplicabilidad. Sobre este punto, precisa el Tribunal que ni el Contrato ni el Acta de Inicio de 19 de abril de 2011 establecen algo distinto a lo señalado por la concedente en el documento de aclaraciones del 5 de abril de 2011, como lo manifiesta la convocada en el numeral primero la excepción de mérito denominada *"Cumplimiento del contrato por parte de IGT"*. La aclaración sobre el sentido del literal b de la cláusula sexta del contrato, cuyo texto en el Contrato se mantuvo igual al consignado en la minuta que hacía parte del

¹⁵⁶ Cuaderno de pruebas No. 2. Folios 02-15.

¹⁵⁷ Cuaderno de pruebas No. 3. Folios 259-269.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

pliego de condiciones, tiene por objeto definir su sentido y alcance, que en ningún momento fue sustituido o reemplazado por documentos contractuales posteriores, toda vez que, como se señaló, el texto de la cláusula que fuera objeto de aclaración es el mismo que finalmente quedó plasmado en el Contrato, por lo que el literal b de la cláusula sexta debe interpretarse conforme a lo definido en el documento aclaratorio de 5 de abril de 2011. Igualmente, el Acta de Inicio debe armonizarse con lo establecido en el Contrato y en la aclaración del 5 de abril de 2011, de manera que la expresión "*Coljuegos autoriza la utilización del Sistema para la operación y explotación de otros juegos*" ¹⁵⁸ no supone una renuncia a los derechos a cobrar una contraprestación adicional por este uso del Sistema, sino que en conjunto con el pliego de condiciones, sus aclaraciones y las cláusulas contractuales, debe entenderse que dicha autorización estaba condicionada al acuerdo sobre la remuneración a favor de la concedente y a la suscripción de un otrosí que incorporara ese acuerdo, puesto que el objeto del contrato únicamente versaba sobre la explotación del BALOTO, de manera que, aunque se autorizó la explotación de otros juegos, era necesario tramitar la respectiva modificación al Contrato para definir de qué juegos se trataba y las condiciones en que podría usarse el sistema para esa operación adicional que no estaba comprendida en el objeto del Contrato. La reiteración de la autorización de usar el Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y para prestar servicios comerciales no puede entenderse como la supresión de los requisitos que previamente había fijado la entidad concedente para instrumentarla, es decir, si bien en documentos posteriores a la aclaración de 5 de abril de 2011 se hace referencia a esta autorización sin mención de la necesidad de suscribir un otrosí y de pactar de manera previa la remuneración, en concepto del Tribunal esto no supone un cambio en la voluntad de las partes en el sentido de eliminar o prescindir de estos requisitos, puesto que la aclaración ya había fijado con suficiencia el alcance de esta habilitación y el sentido en que debe interpretarse.

En el contexto anteriormente analizado, el Tribunal accederá a la pretensión declarativa 4.1.1.

En igual sentido, prospera la pretensión 4.1.2., en cuanto que, de conformidad con el documento de aclaraciones al pliego de condiciones de 5 de abril de 2011, en el evento de que el concesionario pretendiera usar el sistema "*para la operación y explotación de otros juegos y/o servicios comerciales, se requerirá*

¹⁵⁸ Cuaderno de Pruebas No. 3. Folio 222.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

de un acuerdo previo sobre el valor a cobrar por dicho concepto, lo que se formalizará por medio de un otrosí al contrato de concesión”.

Igualmente, en los términos del dictado documento de 5 de abril de 2011, “*el uso del sistema para correr el juego de suerte y azar denominado LOTO EN LÍNEA – BALOTO no tendrá ningún costo para el futuro CONCESIONARIO*”, en el entendimiento de que la retribución correspondiente se satisface mediante el pago de los derechos de explotación. En ese contexto, prospera la pretensión 4.1.3.

2.2.1.3. El régimen de remuneración: derechos de explotación y gastos de administración

En el pliego de condiciones definitivo, que de acuerdo con el cronograma allí recogido se publicó en el SECOP el 2 de marzo de 2011, se fijaron las condiciones mínimas que debían formular los proponentes y que serían tenidas como propuesta básica, dentro de las que se destacan las exigencias económicas, establecidas en los siguientes términos:

“2.1. EXIGENCIAS ECONÓMICAS BÁSICAS

“El valor de la propuesta se determinará con base en el ofrecimiento que en moneda legal colombiana, el proponente realice a ETESA EN LIQUIDACIÓN, sobre los Derechos de Explotación más Gastos de Administración que generará la operación del juego, durante la vigencia de la Concesión, determinado sobre el valor de los ingresos brutos de cinco años, identificados mes a mes de operación. Entiéndase por ingresos brutos el valor de las ventas brutas menos el IVA.

“2.1.1. PAGO DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN A FAVOR DE ETESA EN LIQUIDACIÓN

“En consonancia con lo dispuesto en la Ley 643 de 2001 y con lo establecido en el Acuerdo 054 de 2010 del Consejo Nacional de Suerte y Azar, los derechos de explotación que el Concesionario se compromete a pagar corresponden al treinta y dos por cientos (32%) de las ventas brutas.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"En los términos del Decreto 2121 de 2004 se entiende por ventas brutas el valor total de las apuestas sin incluir el IVA.

"(...)

"2.1.2. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

"Sin perjuicio de los derechos de explotación, el Concesionario cancelará a la entidad que defina ETESA EN LIQUIDACIÓN, o quien haga sus veces, por concepto de gastos de administración, el porcentaje máximo que señale la norma vigente al momento del recaudo de dicho valor, el cual se calculará sobre el valor del porcentaje de los derechos de explotación."

Es claro que desde el pliego de condiciones, la entidad concedente señaló que el valor de la propuesta económica se determinaría con base en los derechos de explotación y los gastos de administración que generara la operación del juego de suerte y azar novedoso BALOTO –pues es precisamente este juego el que concretaba el interés de la concedente-, durante los cinco (5) años de vigencia de la concesión, calculados sobre los ingresos brutos, esto es, sobre el valor de las ventas brutas descontado el IVA. Y, en cumplimiento de las normas que rigen el juego de suerte y azar novedoso BOLOTO, se fijó el porcentaje de derechos de explotación en un 32% y el porcentaje de gastos de administración en el máximo legal permitido.

En el Capítulo X del pliego se anexó la minuta del Contrato de Concesión para la operación del juego de suerte y azar BALOTO, que en lo relativo a la forma de pago y al valor del contrato, señalaba:

"CUARTA: FORMA DE PAGO: La realizará el CONCESIONARIO a través del negocio fiduciario mediante el cual se recauda y administra el producto de la comercialización del juego, dentro de los diez primeros días calendario de cada mes, con el formulario oficial que para el efecto diseñó la entidad competente, instrumento en el que se declaran y liquidan los Derechos de Explotación y Gastos de Administración causados en el mes anterior, así como los intereses moratorios a que haya lugar, en los términos del Decreto 2121 de 2004.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"PARÁGRAFO: El monto a cancelar lo determinarán los ingresos brutos del juego, sobre los cuales se liquidarán los porcentajes que por Derechos de Explotación y Gastos de Administración se deben pagar en cada mes.

"QUINTA: VALOR DEL CONTRATO, DERECHOS DE EXPLOTACIÓN, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO: El valor de este contrato es indeterminado pero determinable con base en un porcentaje único del treinta y dos por ciento (32%) de las ventas brutas efectivamente realizadas por el CONCESIONARIO, por concepto de Derechos de Explotación y Gastos de Administración, y que el CONCESIONARIO se obliga a pagar en los términos de este contrato. En consecuencia, para todos los efectos pertinentes, incluidos los impuestos exigibles, el valor del contrato será determinado y calculado con base en las ventas brutas del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO efectivamente realizadas durante el período de vigencia del mismo. (...)"

Estas cláusulas se mantuvieron en su esencia en el contrato finalmente suscrito, salvo por un cambio en la cláusula quinta en el sentido de precisar que los gastos de administración corresponderían al uno por ciento (1%) calculado sobre los derechos de explotación, que corresponde a la tarifa máxima que legalmente se fijó y a la que hace referencia el pliego de condiciones en otros apartes citados en precedencia.

Precisado lo anterior, procede el Tribunal a estudiar el Contrato de Concesión No. 887 de 2011. La cláusula primera del Contrato define el objeto del contrato en los siguientes términos:

"PRIMERA: OBJETO. El objeto del presente contrato lo constituye la concesión de la explotación y operación en todo el territorio nacional, con exclusividad, del juego sistematizado, en línea y tiempo real de tipo novedoso denominado LOTO EN LÍNEA – BALOTO, que hace ETESA en Liquidación a favor del CONCESIONARIO, parte esta última que se obliga a operar dicho juego por su propia cuenta y riesgo, pagando como contraprestación los derechos de explotación y gastos de administración a que hace referencia la Ley 643 de 2001, modificada por la Ley 1393 de 2010."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

En esta primera estipulación contractual, las partes convinieron la concesión de la explotación y operación del BALOTO, a favor de la sociedad concedente, a cambio de una contraprestación que se compone, bajo esta cláusula, de dos rubros: (i) derechos de explotación y (ii) gastos administrativos. Se destaca de la cita precedente que las partes remiten, para comprender el alcance de los conceptos que hacen parte de la contraprestación a las disposiciones de la Ley 643 de 2001, como fue modificada por la Ley 1393 de 2010. Al respecto, en línea con lo señalado en el acápite dedicado en este laudo al estudio del régimen del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, es importante reiterar que el artículo 7 de la Ley 643 de 2001 establece que la renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador, es decir, para cada juego individualmente considerado habrá que pagar a la concedente los derechos por su operación. El artículo 8 desarrolla el concepto de derechos de explotación, y precisa que la entidad estatal percibirá a título de derechos de explotación, un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, salvo excepciones legales. Y en lo relativo a los juegos novedosos, como lo es el BALOTO, el artículo 38 de la Ley 643 de 2001 prescribe que los derechos de explotación que deben transferir quienes los operen, equivaldrán como mínimo al 17% de los ingresos brutos, de manera que el porcentaje que debe pagar el concesionario a título de derechos de explotación en ningún caso puede ser inferior al 17% calculado sobre los ingresos brutos del juego del que se trate. Pero, cuando el retorno al jugador, de acuerdo con el reglamento del juego novedoso, sea igual o superior al 83%, los derechos de explotación tendrán una tarifa mínima del 15% sobre los ingresos brutos menos los premios pagados.

Lo anterior significa que, cuando un tercero tenga a su cargo la operación y explotación de los juegos de suerte y azar, ya sea porque media un contrato de concesión o una autorización, deberá pagar por concepto de derechos de explotación, un porcentaje de los ingresos brutos que se perciban de cada juego individualmente considerado. En este sentido, si se trata de un único contratista que opera múltiples juegos de suerte y azar, deberá calcularse para cada uno de estos el monto que corresponda por derechos de explotación calculados sobre los ingresos brutos de cada juego individualmente valorado, sin que pueda aplicarse un porcentaje general a una suma global respecto de la totalidad de los juegos que opera ese tercero.

Respecto de los gastos de administración, el artículo 9 de la Ley 643 de 2001 dispone que cuando el juego de suerte y azar es operado por terceros, estos

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

deben reconocer a favor de la entidad, a título de gastos de administración, un porcentaje máximo del uno por ciento (1%) de los derechos de explotación.

Ahora bien, para el caso específico del juego BALOTO, el Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar expidió el Acuerdo 054 de 2010 —derogado por el Acuerdo 005 de 2016, pero vigente para el momento de la celebración del Contrato de Concesión No. 887 de 2011—, que en su artículo 33 dispuso que el operador del juego deberá pagar el 32% de los derechos de explotación calculados sobre el equivalente a los ingresos brutos, definidos estos en el artículo 3° del Decreto 2121 de 2004 como *"el valor total de las apuestas sin incluir el valor del impuesto sobre las ventas"*. Y los gastos de administración, de conformidad con el artículo 34 del Acuerdo mencionado, se fijaron en el máximo que señale la norma vigente al momento del recaudo de las apuestas, esto es, el 1% al que se refiere el artículo 9 de la Ley 643 de 2001.

Establecido este marco normativo general al que remiten las partes en la cláusula primera del Contrato de Concesión No. 887 de 2011, corresponde analizar las demás estipulaciones contractuales relativas a los derechos de explotación y gastos de administración. Sobre el particular, encuentra el Tribunal que la cláusula cuarta dispone lo siguiente:

"CUARTA: FORMA DE PAGO: El pago lo realizará el CONCESIONARIO a través del negocio fiduciario mediante el cual se recauda y administra el producto de la comercialización del juego, dentro de los diez primeros días calendario de cada mes, con el formulario oficial que para el efecto diseñó la entidad competente, instrumento en el que se declaran y liquidan los Derechos de Explotación y Gastos de Administración causados en el mes anterior, así como los intereses moratorios a que haya lugar, en los términos del Decreto 2121 de 2004.

"PARÁGRAFO: El monto a cancelar lo determinarán los ingresos brutos del juego, sobre los cuales se liquidarán los porcentajes que por Derechos de Explotación y Gastos de Administración se deben pagar en cada mes."

De la cita precedente se destaca que en el párrafo de la cláusula cuarta las partes pactaron que el valor a pagar por concepto de derechos de explotación y de gastos de administración, se determina por los ingresos brutos del juego, sobre los que se liquidarán los porcentajes que correspondan para cada rubro.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Por su parte, en la cláusula quinta se convino:

"QUINTA: VALOR DEL CONTRATO, DERECHOS DE EXPLOTACIÓN, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO: El valor de este contrato es indeterminado pero determinable con base en un porcentaje del treinta y dos por ciento (32%) de las ventas brutas efectivamente realizadas por el CONCESIONARIO, por concepto de Derechos de Explotación, más el uno por ciento (1%) por concepto de Gastos de Administración, liquidado sobre el valor de los derechos de explotación, y que el CONCESIONARIO se obliga a pagar en los términos de este contrato. En consecuencia, para todos los efectos pertinentes, incluidos los impuestos exigibles, el valor del contrato será determinado y calculado con base en las ventas brutas del juego LOTO EN LÍNEA-BALOTO efectivamente realizada durante el periodo de vigencia del mismo.

"Las cuentas que se constituirán en el encargo fiduciario para el manejo de los recursos provenientes de la explotación del juego LOTO EN LÍNEA-BALOTO estarán integradas por los rubros y porcentajes calculados sobre las ventas brutas que se detallan a continuación:

"(...)

"4. Cuenta Derechos de Explotación: TREINTA Y DOS POR CIENTO (32%) de las ventas brutas.

"5. Cuenta Gastos de Administración: UNO POR CIENTO (1%) de los Derechos de Explotación, esto es, el cero punto treinta y dos por ciento (0,32%) de las ventas brutas.

"6. Cuenta Gastos de Operación: OCHO POR CIENTO (8%) de las ventas brutas.

"(...)

"PARÁGRAFO SEGUNDO: El valor de la contraprestación del CONCESIONARIO provendrá de la explotación y operación del juego

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

LOTO EN LÍNEA-BALOTO y se pagará por conducto de la entidad fiduciaria a la cuenta que el CONCESIONARIO determine, en los términos y condiciones que se establezca en el contrato de fiducia que se suscriba para el manejo de los fondos provenientes de la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA-BALOTO."

Respecto de los gastos de administración, según se colige de la normatividad analizada y del texto del contrato, estos se refieren a un pago exigido por la ley, a cargo del contratista, que corresponde actualmente al 1% sobre el porcentaje de los derechos de explotación, que hacen parte de la contraprestación que el operador del juego debe pagar a la entidad concedente. En ese contexto, prospera la pretensión 4.1.4.

Por otra parte, de las cláusulas citadas se desprende, en primer lugar, que los gastos administrativos son un rubro distinto al de los derechos de explotación por el uso del Sistema para la operación del BALOTO, y que, como su nombre lo indica, remuneran gestiones administrativas por el uso del Sistema, pero no constituyen una retribución por la operación de otros juegos de suerte y azar ni por su uso para la prestación de servicios comerciales. Al respecto, es importante resaltar que en la cláusula sexta del Contrato, relativa a las obligaciones del contratista, dispone en su literal b, lo siguiente:

"SEXTA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO: EL CONCESIONARIO, además de las obligaciones especiales contenidas en el presente contrato, y demás normas aplicables, se obliga a:

(...)

"b. Explotar y operar de conformidad con la ley, el reglamento y este contrato, por su cuenta, riesgo y bajo su única y exclusiva responsabilidad el juego LOTO EN LÍNEA-BALOTO. ETESA EN LIQUIDACIÓN de manera expresa y escrita, en desarrollo de este contrato autoriza la utilización del Sistema por parte del CONCESIONARIO para la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA, así como para la operación de otros juegos o servicios comerciales, que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema. En cuanto a ello, el CONCESIONARIO se obliga a mantener los bienes que son objeto de entrega para su uso en las condiciones bajo las cuales los recibe, salvo por el desgaste y deterioro por su uso normal."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Esta cláusula, como se estudió en párrafos precedentes, fue objeto de aclaración en documento de 5 de abril de 2011, en el que la entidad concedente precisó que se requería un acuerdo previo sobre el valor a cobrar por estos conceptos, de manera que los pagos que se hicieran en virtud del Contrato, esto es, los derechos de explotación y los gastos administrativos, no remuneraban a COLJUEGOS por el uso del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y para prestar servicios comerciales. En consecuencia, prospera la pretensión 4.1.5, debido a que los gastos administrativos no constituyen una retribución a favor de COLJUEGOS por la operación de otros juegos de suerte y azar y por la utilización del sistema para servicios comerciales, en la medida en que debía fijarse una remuneración adicional.

Como se puede observar, la cláusula quinta regula lo relativo al valor del contrato, los derechos de explotación, los gastos de administración y la remuneración del contratista, pero no hace referencia alguna a la obligación de mantenimiento del Sistema, por lo que la pretensión 4.1.6 no puede prosperar en los términos en que fue solicitada, comoquiera que del estudio de la mencionada cláusula no se concluye que el mantenimiento sea una obligación del concesionario cuyo pago deba realizarse con cargo a las ventas brutos, en la medida en que no hay mención alguna al mantenimiento del Sistema. En consecuencia, no prospera la pretensión 4.1.6.

Ahora bien, la cláusula quinta dispone que la retribución que el contratista debe pagar a la concedente tiene dos componentes, a saber: los derechos de explotación y los gastos administrativos. Los primeros corresponden al 32% calculado sobre los ingresos brutos, y los segundos al 1% calculado sobre el porcentaje de los derechos de explotación, en cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo 054 de 2010 y en el Decreto 2121 de 2004. En consecuencia, prospera la pretensión 4.1.7. en el entendimiento de que se trata de la retribución que el contratista debe reconocer a la concedente.

2.2.1.4. El proyecto de factibilidad de GTECH

De conformidad con el numeral 2.4 del pliego de condiciones, los proponentes debían elaborar un estudio de factibilidad que, como mínimo, debía contener: (i) el planteamiento general del mercado, (ii) las características del juego, (iii) la comercialización del juego, (iv) el plan estratégico publicitario, (v) las políticas de proyección, tasa de crecimiento económico y del juego, (vi) la proyección de ventas totales para el plazo de la concesión, (vii) la proyección de la demanda y

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

(viii) la Tasa Interna de Retorno. En cumplimiento de esta exigencia, el concesionario presentó un proyecto de factibilidad¹⁵⁹ como anexo a su propuesta, en el que trató lo relativo al planteamiento general del mercado y a la comercialización del juego (canales de distribución). En otros apartados de la oferta, formuló el plan estratégico publicitario (Anexos 7¹⁶⁰), las políticas de proyección y tasa de crecimiento económico del juego¹⁶¹, la proyección de ventas totales para el plazo de la concesión¹⁶², la proyección de la demanda¹⁶³ y la Tasa Interna de Retorno¹⁶⁴.

En el estudio de proyección de la tasa de crecimiento económico del juego, el concesionario únicamente estudió las proyecciones del BALOTO y concluyó que *"se considera que la proyección a 60 meses de las ventas puede presentar las siguientes tasas anuales de crecimiento del juego Loto en Línea Baloto:*

Año 1 – Año 2: 5.8%

Año 2 – Año 3: 5.8%

Año 3 – Año 4: 5.8%

Año 4 – Año 5: 5.8%

Por su parte, el estudio de proyección de ventas totales para el plazo de la concesión tomó como base la proyección de ventas mensuales del estudio del Centro Nacional de Consultoría¹⁶⁵ de 15 de octubre de 2010, cuyo objetivo era *"estimar el tamaño del mercado del juego LOTO EN LÍNEA en Colombia para los próximos 10 años"*. Para estos efectos, el estudio comprende las ventas anuales de BALOTO y sus proyecciones, como se aprecia en el "análisis estadístico de los datos de Baloto", en el que se estudia el valor de las ventas que ha registrado desde enero de 2001 cuando el juego inició sus operaciones. Las siguientes gráficas permiten ilustrar que los estudios únicamente comprendieron los datos del juego BALOTO, sin contemplar otras fuentes de

¹⁵⁹ Cuaderno de pruebas No. 2. Folios 189-223.

¹⁶⁰ Cuaderno de pruebas No. 2. Folios 239-273

¹⁶¹ Cuaderno de pruebas No. 2. Folios 274-280.

¹⁶² Cuaderno de pruebas No. 2. Folios 280-281.

¹⁶³ Cuaderno de pruebas No. 2. Folios 281-285.

¹⁶⁴ Cuaderno de pruebas No. 2. Folio 285.

¹⁶⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1. Folios 350-519.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

ingresos como la operación de otros juegos de suerte y azar o la prestación de servicios comerciales:

Grafica 1

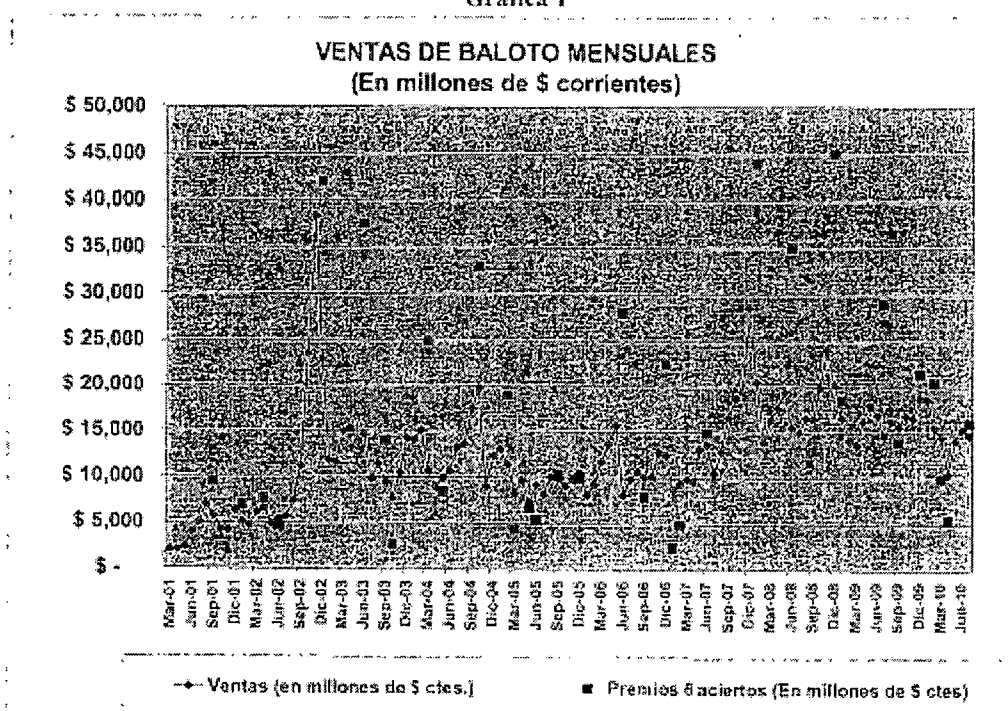
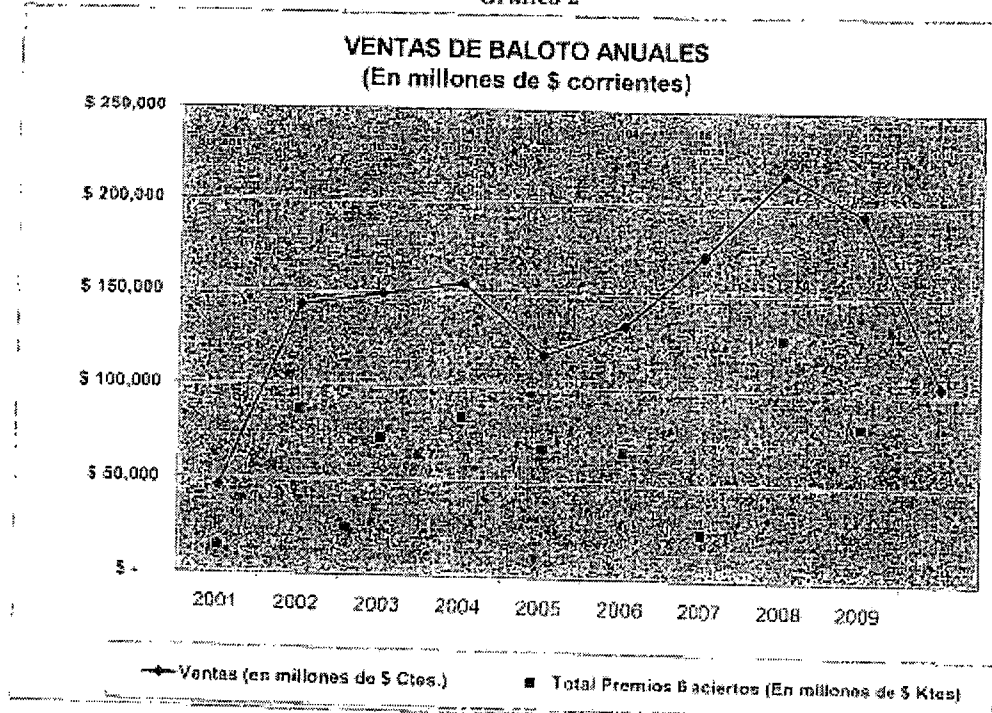


Gráfico 2



TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

En este sentido, el estudio de factibilidad del concesionario únicamente contempló los ingresos generados por la operación y explotación del BALOTO, y en el estudio de factibilidad de GTECH se concluyó así lo siguiente:

PROYECCIÓN DE VENTAS ANUALES PARA EL PLAZO DE LA CONCESIÓN

Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
193,862,344,388	205,105,927,868	217,002,510,450	229,588,377,720	242,904,301,030

Y finalmente, para la proyección de la demanda se adelantó un “*cálculo estimativo de apuestas del Juego Loto en Líneas Baloto*” con base en el ciclo de vida del juego, el precio de la apuesta, el impacto de otros juegos, el nivel de impacto publicitario y las actividades comerciales y publicitarias. La proyección del nivel de apuestas del BALOTO se proyectó entonces así:

PROYECCIÓN DE APUESTAS

	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
	40,887,331	43,258,705	45,767,802	48,422,276	51,230,725
CRECIMIENTO		5.80%	5.80%	5.80%	5.80%

De la lectura del proyecto de factibilidad presentado por GTECH se concluye que sus cálculos, proyecciones y estudios versaron exclusivamente sobre la operación y explotación del juego loto en línea BALOTO, el crecimiento de la demanda de este juego, así como la proyección del crecimiento de las ventas. Asimismo, en la contestación de la demanda principal, frente al hecho 5.1.3.1.17 la convocada manifestó que era cierto que el estudio de factibilidad que presentó solo tuvo en cuenta los ingresos proyectados por ventas del BALOTO durante los cinco (5) años de la concesión, sin considerar ingresos provenientes de otras actividades como la operación de otros juegos de suerte y azar o la prestación de servicios comerciales. En concreto, manifestó que “*IGT SAS no realizó proyección alguna respecto a los ingresos a obtener por el uso del SISTEMA para fines distintos a la explotación del BALOTO, por cuanto ello no estaba establecido en el numeral 2.11 del Pliego de Condiciones*”.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal accederá a la pretensión 4.1.8 y declarará que en el estudio de factibilidad presentado por GTECH no se

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

tuvieron en cuenta los ingresos provenientes del uso del Sistema en actividades diferentes a la explotación del BALOTO.

2.2.2. Pretensiones relativas al incumplimiento de la concesionaria convocada respecto del uso del sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y servicios comerciales

2.2.2.1. Pretensiones de la demanda principal relacionadas con el incumplimiento de la convocada respecto del uso del sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar

a. Las pretensiones

4.1. Declarativas

(...)

4.1.9. Declarar que la concesionaria GTECH S.A.S. ha incumplido el contrato de concesión 887 de 13 de junio de 2011, cláusulas Sexta – ff aclarada mediante documento de 5 de abril de 2011 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011 publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011, así como la Octava No. 6, al haber utilizado el SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS, para la operación de otros juegos de suerte y azar sin que previamente hubiera llegado a acuerdo sobre la remuneración a pagar por el uso del SISTEMA para esos efectos y sin que se hubiera suscrito el respectivo otrosí.

(...)

4.1.11. Declarar que la concesionaria GTECH S.A.S. ha incumplido gravemente el contrato de concesión 887 de 13 de junio de 2011 cláusula Sexta – ff y su aclaración contenida en el documento de 5 de abril de 2011 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011 publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011, al haber utilizado el SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS para la operación de otros juegos de suerte y azar, sin que hasta la fecha de la demanda haya pagado contraprestación alguna por tal concepto a la concedente.

(...)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

4.1.13. Declarar que el incumplimiento de la concesionaria en el pago de retribución a COLJUEGOS por el uso del SISTEMA para operar otros juegos de suerte y azar y para servicios comerciales ha dado lugar a que ésta se lucre directamente o ha permitido que terceros se lucren de la utilización de un bien de propiedad del Estado, esto es del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS, sin reconocer retribución alguna por tal concepto a favor del propietario del bien.

4.2. De condena

4.2.1. Como consecuencia de la prosperidad de las declaraciones contenidas en las pretensiones 4.1.9 y 4.1.11., condénese a la concesionaria GTECH S.A.S. a pagar a COLJUEGOS por la utilización del SISTEMA de propiedad de la entidad estatal, para la operación de juegos de suerte y azar, durante todo el tiempo de ejecución del contrato 887 de 2011, la retribución a que tiene derecho conforme se determine por perito financiero.

(...)

4.2.3. Las sumas a pagar por COLJUEGOS por los conceptos relacionados en las pretensiones de condena 4.2.1 y 4.2.2, deberán ser calculadas sobre todos los ingresos brutos producidos con ocasión de la explotación del SISTEMA, directamente por la concesionaria o por terceros autorizados por ésta para tales actividades.

b. Posición de las partes

(i) Posición de la Convocante

La entidad convocante solicita que se declare que la sociedad concesionaria ha incumplido gravemente el Contrato de Concesión No. 887 de 2011, particularmente el literal ff de la cláusula sexta, al haber utilizado el Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar distintos al BALOTO, sin que entre las partes se hubiera materializado un acuerdo previo sobre la remuneración a favor de la concedente y sin que se hubiera suscrito el Otrosí en el que debía constar el acuerdo mencionado. Asimismo, solicita que se declare que el concesionario no ha pagado aún ninguna contraprestación por el uso del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar. En consecuencia, pide que se condene a la convocada a pagar la retribución que un perito financiero determine por los conceptos mencionados.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Como fundamento de sus pretensiones, la convocante señala que en los tres contratos que han regido la operación y explotación del BALOTO, esto es, los contratos 117-99, 851 de 2010 y 887 de 2011, el Sistema ha sido utilizado además para la operación de otros juegos de suerte y azar. Respecto del primero de los contratos, menciona que el entonces concesionario tenía el derecho a usar el Sistema para operar otros juegos de suerte y azar, siempre que el contratista informara sobre el juego que pretendía operar, obtuviera el visto bueno previo de la entidad concedente y se lograra el acuerdo sobre la contraprestación correspondiente, que debía ajustarse a los parámetros del mercado latinoamericano para la utilización de sistemas semejantes en países en condiciones similares, en los que el contratista tuviera operaciones. En desarrollo de este pacto, se suscribieron múltiples Otrosíes sobre la utilización del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar, en los que se fijó la contraprestación como un porcentaje sobre los ingresos brutos que percibiera el concesionario (Otrosíes 3, 5, 6, y 7).

Posteriormente, en el contrato 851 de 2010 se estipuló que el concesionario podía hacer uso del sistema para operar otros juegos de suerte y azar, sin lugar al pago de una remuneración adicional a favor de la entidad concedente, por considerar que los Gastos de Administración contemplados en el contrato incluían la remuneración por dicho concepto. Destaca que este contrato se celebró en el marco de una declaratoria de urgencia manifiesta, por lo que algunas de sus cláusulas se pactaron *"abandonando el tratamiento que las mismas partes habían dado a diferentes temas, entre ellos el pago por el uso del Sistema"*.

Finalmente, en lo relativo al Contrato 887 de 2011, señala en los hechos de la demanda principal que el uso del Sistema por parte del concesionario para otros juegos de suerte y azar requería de un acuerdo previo entre las partes sobre el valor a cobrar y su formalización por medio de un otrosí al contrato. Sostiene la convocante que así lo aclaró al expresar su intención en el denominado *"Documento de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 2011"*, de 5 de abril de 2011.

Sobre el particular, indica que en la respuesta a la solicitud de aclaración formulada por Corredor Empresarial S.A. señaló que *"(...) el uso del sistema para correr el juego de suerte y azar denominado Loto en Línea – Baloto no tendrá ningún costo para el futuro concesionario. En el evento de pretender*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

usarlo para la operación y explotación de otros juegos y/o servicios comerciales, se requerirá de un acuerdo previo sobre el valor a cobrar por dicho concepto, lo que se formalizará por medio de un otrosí al contrato de concesión". Si bien se publicó en el SECOP el documento e IGT Games admitió conocerlo, en comunicación de 14 de mayo de 2013 le niega efectos vinculantes por considerar que la respuesta debió tramitarse como una modificación al pliego de condiciones. Por su parte, Coljuegos sostiene que las aclaraciones que se dan durante el proceso de selección del contratista son vinculantes, siempre que se cumpla con los requisitos de oportunidad y publicidad.

Reiteró entonces que la utilización del Sistema para actividades diferentes a la operación del BALOTO se condicionó a la autorización escrita y expresa de la concedente y a la existencia de un acuerdo previo entre las partes sobre el pago, formalizado mediante un otrosí. Afirmó que al concesionario le quedó expresamente prohibido usar el sistema para actividades distintas a la operación y explotación del BALOTO sin la autorización de la concedente y sin un acuerdo previo sobre el valor a pagar, según lo aclaró en el documento de 5 de abril de 2011.

Adicionalmente, menciona que el 19 de abril de 2012 se suscribió entre las partes un acta de inicio en la que Coljuegos autorizó la utilización del sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar.

Por los hechos anteriormente sintetizados, concluye la convocante que IGT Games ha incumplido el contrato al no pagar a la concedente por el uso del sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar, conforme se encuentra contemplado en el literal ff de la cláusula sexta del Contrato de Concesión 887 de 2011, en los términos en que fue aclarada en el documento de 5 de abril de 2011, que tiene efectos vinculantes para los contratantes. Si bien se han presentado acercamientos entre las partes para llegar a un acuerdo sobre la remuneración del uso del Sistema para operar otros juegos de suerte y azar, la metodología que propone el concesionario le resulta inadmisibles a Coljuegos puesto que ignora en su cálculo elementos que hacen parte del Sistema, como el software y el hardware.

(li) Posición de la Convocada

En el escrito de contestación de la demanda, IGT Games se opuso a las pretensiones declarativas 4.1.9 y 4.1.11, así como a las pretensiones de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

condena, por considerar que no ha incurrido en el incumplimiento que la convocante le atribuye, toda vez que el documento aclaratorio del 5 de abril de 2011 no se refirió al literal ff de la cláusula sexta del contrato, sino al literal b de la misma. Asimismo, señala que la autorización para utilizar el sistema para explotar otros juegos de suerte y azar le fue concedida de manera expresa en el literal b) de la cláusula sexta y en el literal a) de la cláusula séptima del Contrato. En cuanto al pago de la remuneración, considera que quedó a cargo de las dos partes acordar los gastos y manifiesta que siempre ha estado dispuesta a llegar a un acuerdo con la concedente, por lo que le ha propuesto distintas fórmulas de arreglo. Argumenta que Coljuegos ha certificado que IGT Games ha dado cabal cumplimiento a sus obligaciones bajo el contrato.

Respecto del pago de la contraprestación por el uso del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar, expresa que no es posible atribuirle incumplimiento, en la medida en que las partes no han llegado a un acuerdo sobre el monto y la oportunidad de pago, de manera que la obligación no es clara ni exigible.

En la contestación a los hechos aclaró que desde la minuta del Contrato, la concedente autorizó a IGT Games a usar el Sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, y a obtener ingresos adicionales a lo señalado en la cláusula quinta del Contrato. Manifiesta que la aclaración contenida en el documento de 5 de abril de 2011 no fue vertida en el Contrato, sino que, por el contrario, fue sustituida por este último y por el Acta de Inicio, de manera que carece de fuerza vinculante.

Reconoce que la concedente tiene derecho a una retribución por el uso del Sistema para otros juegos de suerte y azar, pero a la fecha de presentación de la demanda no se ha llegado a un acuerdo sobre la cuantía, forma y época del pago, a pesar de los acercamientos realizados por las partes. Adicionalmente, manifiesta que conforme a la cláusula vigésima sexta del Contrato tiene la facultad de celebrar contratos con terceros relacionados con sus actividades.

Propuso la excepción de mérito que denominó "*PRIMERA. Cumplimiento del contrato por parte de IGT*", en la que sostiene que Coljuegos certificó el cumplimiento del Contrato en documentos del 13 de septiembre de 2013, 16 de diciembre, y 2 y 10 de marzo de 2015. Dentro de esta excepción consignó los siguientes argumentos: "2. COLJUEGOS autorizó expresa y previamente a IGT SAS a usar el sistema para operar y explotar otros juegos de suerte y azar y prestar servicios comerciales. El inicio de la operación de los otros juegos de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

suerte y azar no requería el previo cumplimiento de una condición consistente en el acuerdo escrito entre las partes sobre el monto y la oportunidad de pago de la remuneración a favor de COLJUEGOS por tal concepto"; "3. IGT-SAS actuó con la confianza legítima de estar autorizada expresa y previamente por COLJUEGOS a usar el sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar y prestar servicios comerciales"; y "4. IGT-SAS no incumplió el contrato pues el pago de la remuneración por usar el sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar aún no ha sido determinado por las partes ni por un tercero, por lo tanto no es exigible".

En segundo lugar, propuso la excepción "*SEGUNDA. Inexistencia de daño*", con fundamento en que la falta de acuerdo entre las partes para fijar la remuneración a pagar a Coljuegos por el uso del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar permite inferir que no hay certeza sobre el daño. Adicionalmente, formuló la excepción "*TERCERA. La fijación del monto a reconocer a la concedente por el uso del sistema para operar y explotar otros juegos de suerte y azar debe atender parámetros distintos a los tenidos en cuenta por la concedente*", en la que propone que no deben tomarse en consideración circunstancias o parámetros más gravosos que los utilizados con otros concesionarios para actividades similares, de manera que no se pueden tomar en consideración los ingresos brutos de la operación, porque el 100% de los mismos nunca ingresa al patrimonio del concesionario.

Finalmente, formuló la excepción de buena fe, en la que manifiesta que ha actuado de buena fe tanto en la etapa precontractual como en la contractual, toda vez que ha estado dispuesta a acordar conjuntamente con Coljuegos el valor de la remuneración por el uso del Sistema por la comercialización de juegos de suerte y azar.

2.2.2.2. Pretensiones de la demanda principal relacionadas con el incumplimiento de la convocada respecto del uso del SISTEMA para la prestación de servicios comerciales

a. Las pretensiones

4.1. Declarativas

4.1.10. Declarar que la concesionaria GTECH S.A.S. ha incumplido gravemente el contrato de concesión 887 de 13 de junio de 2011 al haber utilizado el SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS para la prestación de servicios

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

comerciales, sin que previamente se hubiera llegado a acuerdo sobre la remuneración a pagar a la concedente por tal concepto y sin que se hubiera suscrito el respectivo Otrosí.

(...)

4.1.12. Declarar que la concesionaria GTECH S.A.S. ha incumplido gravemente el contrato de concesión 887 de 13 de junio de 2011 Cláusula Sexta – ff y su aclaración contenida en el documento de 5 de abril de 2011 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011 publicado en el SECOP el 6 de abril de 2011, al haber utilizado el SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS para la prestación de servicios comerciales, sin que hasta la fecha de la demanda haya pagado contraprestación alguna por tal concepto a la concedente como propietaria del SISTEMA.

4.1.13. Declarar que el incumplimiento de la concesionaria en el pago de retribución a COLJUEGOS por el uso del SISTEMA para operar otros juegos de suerte y azar y para servicios comerciales ha dado lugar a que ésta se lucre directamente o ha permitido que terceros se lucren de la utilización de un bien de propiedad del Estado, esto es del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS, sin reconocer retribución alguna por tal concepto a favor del propietario del bien.

4.2. De condena

(...)

4.2.2. Como consecuencia de la prosperidad de las declaraciones contenidas en las pretensiones 4.1.10 y 4.1.12, condénese a la concesionaria GTECH S.A.S. a pagar a COLJUEGOS por la utilización del SISTEMA de propiedad de la entidad estatal, para la prestación de servicios comerciales durante todo el tiempo de ejecución del contrato 887 de 2011, la retribución a que tiene derecho conforme se determine por peritos.

4.2.3. Las sumas a pagar por COLJUEGOS por los conceptos relacionados en las pretensiones de condena 4.2.1 y 4.2.2, deberán ser calculadas sobre todos los ingresos brutos producidos con ocasión de la explotación del SISTEMA, directamente por la concesionaria o por terceros autorizados por ésta para tales actividades.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

b. Posición de las partes

(i) Posición de la Convocante

La convocante fundamenta sus pretensiones en que en los tres contratos que han regido la operación y explotación del BALOTO, esto es, los contratos 117-99, 851 de 2010 y 887 de 2011, el Sistema ha sido utilizado además para usos comerciales, lo que significa que a través de él se realizan actividades como recargas de celulares, pagos de servicios públicos y privados, y giros, entre otras. En el primero de los contratos mencionados, las partes convinieron que el Sistema podría ser utilizado para otros servicios que no fueran objeto del contrato, siempre que el contratista informara a la entidad concedente cuál era el servicio que pretendía prestar, previo visto bueno y acuerdo sobre la contraprestación a pagar, que debía ajustarse a los parámetros del mercado latinoamericano para la utilización de sistemas similares en países en condiciones semejantes, en los que el contratista tuviera operaciones.

En desarrollo de este pacto, se celebró el Otrosí No. 7 de 24 de agosto de 2006 para autorizar el uso del Sistema, a través de Gtech Colombia Ltda., para el desarrollo y la ejecución de proyectos de servicios comerciales en el territorio nacional. Como contraprestación se pactó la suma equivalente al cinco por ciento (5%) de las sumas recibidas por permitir el uso parcial del sistema.

Luego, en el contrato 851 de 2010 se estipuló que el concesionario podía hacer uso del Sistema para la prestación de servicios comerciales, sin lugar al pago de una remuneración adicional a favor de la entidad concedente, por considerar que los Gastos de Administración contemplados en el contrato incluían la remuneración por dicho concepto. La convocante resalta que este contrato se celebró en el marco de una declaratoria de urgencia manifiesta, por lo que se dio un tratamiento particular a algunas de sus cláusulas, como las relativas al pago por este tipo de utilidades del Sistema.

Por último, en lo que respecta al Contrato 887 de 2011, señala en los hechos de la demanda principal que el uso del Sistema por parte del concesionario para servicios comerciales requería de un acuerdo previo entre las partes sobre el valor a cobrar y su formalización por medio de un otrosí al contrato. Sostiene la convocante que así lo aclaró al expresar su intención en el denominado *"Documento de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 2011"*, de 5 de abril de 2011. En este documento, como respuesta a la solicitud de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

aclaración formulada por Corredor Empresarial S.A., la entidad concedente explicó que *"(...) el uso del sistema para correr el juego de suerte y azar denominado Loto en Línea – Baloto no tendrá ningún costo para el futuro concesionario. En el evento de pretender usarlo para la operación y explotación de otros juegos y/o servicios comerciales, se requerirá de un acuerdo previo sobre el valor a cobrar por dicho concepto, lo que se formalizará por medio de un otrosí al contrato de concesión"*.

Reitera entonces que la utilización del Sistema para actividades diferentes a la operación del BALOTO se condicionó a la autorización escrita y expresa de la concedente y a la existencia de un acuerdo previo entre las partes sobre el pago, elevado a un otrosí. Igualmente expresa que al concesionario le quedó expresamente prohibido usar el sistema para actividades distintas a la operación y explotación del BALOTO sin la autorización de la concedente y sin un acuerdo previo sobre el valor a pagar, según lo aclaró en el documento de 5 de abril de 2011. Y argumenta que en la retribución al contratista no se incluyó *"el derecho a lucrarse gratuitamente por la utilización del SISTEMA para usos comerciales"*.

Precisa que en el acta de inicio de 19 de abril de 2012 no se incluyó autorización alguna para el uso comercial del sistema ni se pactó la remuneración por tal uso.

Por lo anterior, considera que se incumplió gravemente el contrato al utilizar el sistema para la prestación de servicios comerciales sin contar con la autorización de Coljuegos para el efecto, en la medida en que dicho uso requería de la autorización expresa de la entidad concedente, además del pacto previo en relación con la contraprestación que debía pagar el concesionario, y que todo esto debía constar en un otrosí. El concesionario utilizó el sistema para recargas y ventas de pines, corresponsalía bancaria, recaudos y giros. Sin embargo, aclara que estas actividades han sido tercerizadas a una sociedad del grupo Gtech, por lo que el concesionario no recibe directamente ingresos por el uso del sistema para la prestación de otros servicios comerciales.

Indicó que el contrato también ha sido incumplido por IGT Games al no pagar a Coljuegos la remuneración por el uso del sistema para la prestación de servicios comerciales, y considera inadmisibles los argumentos de GTECH en el sentido de que el pago por el uso del Sistema para estos servicios ya se encuentra remunerado dentro de las prestaciones que se encuentran estipuladas en el contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

(ii) Posición de la Convocada

En la contestación de la demanda principal la convocada se opone a la prosperidad de las pretensiones 4.1.10 y 4.1.12, argumentando que no ha incurrido en el incumplimiento alegado por Coljuegos, comoquiera que en la cláusula quinta del Contrato se estableció el "Valor del contrato", que remunera la totalidad de los derechos otorgados a la sociedad concesionaria, por lo que no hay lugar al cobro de una remuneración adicional por la prestación de servicios comerciales. Igualmente se opuso a las pretensiones de condena.

Respecto de los hechos aclaró, que desde la minuta del Contrato, la concedente autorizó a GTECH a usar el Sistema para la prestación de servicios comerciales, y a obtener ingresos adicionales a lo señalado en la cláusula quinta del Contrato. También manifiesta que la remuneración por el ejercicio del derecho a usar el Sistema para prestar servicios comerciales está incluida en la cláusula quinta del contrato, puesto que las partes no pactaron una remuneración adicional por dicho concepto. Y señala que la aclaración contenida en el documento de 5 de abril de 2011 no fue vertida en el Contrato, sino que, por el contrario, fue sustituida por este último y por el Acta de Inicio, de manera que carece de fuerza vinculante.

Como excepciones de mérito formuló la que denominó "*PRIMERA. Cumplimiento del contrato por parte de IGT*", en la que sostiene que COLJUEGOS certificó el cumplimiento del Contrato en documentos del 13 de septiembre de 2013, 16 de diciembre, y 2 y 10 de marzo de 2015. Dentro de esta excepción propuso los siguientes argumentos, que se relacionan directamente con este grupo de pretensiones: "1. IGT-SAS no está obligada a reconocer a la concedente remuneración por el uso del sistema para la prestación de servicios comerciales, adicional a la que paga bajo el concepto de Valor del Contrato"; "2. Coljuegos autorizó expresa y previamente a IGT SAS a usar el sistema para operar y explotar otros juegos de suerte y azar y prestar servicios comerciales. El inicio de la operación de los otros juegos de suerte y azar no requería el previo cumplimiento de una condición consistente en el acuerdo escrito entre las partes sobre el monto y la oportunidad de pago de la remuneración a favor de Coljuegos por tal concepto"; y "3. IGT-SAS actuó con la confianza legítima de estar autorizada expresa y previamente por Coljuegos a usar el sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar y prestar servicios comerciales".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Igualmente, propuso la *excepción "SEGUNDA. Inexistencia de daño"*, con fundamento en que la remuneración por el uso del Sistema para servicios comerciales está incluida dentro del Valor del Contrato.

Por último, la convocada formuló la excepción de buena fe, en el sentido de que incluso ha llegado a reconocer un pago por servicios comerciales sin estar obligada a ello.

2.2.2.3. Consideraciones generales aplicables a los dos grupos de pretensiones

En estricta consonancia con lo expresado en precedencia, en especial en lo que concierne al contenido del despacho de las pretensiones anteriores, en particular las pretensiones 4.1.1 y 4.1.2, es claro para el Tribunal que *"...el derecho del concesionario a utilizar el SISTEMA por el cual se opera el Juego LOTO EN LINEA BALOTO para la operación de otros juegos de suerte y azar y para uso comercial..."*, estaba *"...condicionado al acuerdo previo entre las partes sobre la remuneración por tal concepto a la propietaria del SISTEMA, hoy Coljuegos, plasmado en el respectivo otrosí"*, tal y como lo expresó al momento de ocuparse de la pretensión 4.1.2, en particular de su procedencia, la que tiene efectos transversales de cara a las pretensiones que ahora ocupan su atención, en asocio con las consideraciones y determinaciones que se anunciaron en el despacho de la pretensión 4.1.1, como se anotó, íntimamente ligada con la siguiente (4:1.2).

Al fin y al cabo para el Tribunal, como ya se registró, el *"Documento de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 2011"*, tiene efectos vinculantes, como quiera que se integró y enriqueció el acuerdo celebrado (Contrato 887), documento en el que se cobijaron ambos supuestos: 'la operación de otros juegos de suerte y azar' y la 'prestación de servicios comerciales'. Tanto es así que, en dicho escrito, al que se le reconoció mérito jurídico, se expresó textualmente que, *"En el evento de pretender usarlo [el sistema] para la operación y explotación de otros juegos y/o servicios comerciales, se requerirá **acuerdo previo sobre el valor a cobrar....**"* (se destaca).

Y si ello es así, como en efecto fue constatado, consecuente es entender, de entrada, que las pretensiones 4.1.9 a 4.1.13, tienen igualmente vocación de prosperidad, en lo suyo, toda vez que están íntima e inequívocamente

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

vinculadas, se reitera, de suerte que la anunciada prosperidad favorable a la convocante (4.1.1, 4.1.2 y siguientes), *per se*, tiene diáfana incidencia en las segundas, es decir en las citadas pretensiones (4.1.9 a 4.1.13, inclusive), en atención al factor de conexidad.

Como ya se mencionó con suficiencia, para este panel arbitral ha quedado establecido previamente que, en rigor, con fundamento en las consideraciones y reflexiones ya efectuadas, dos situaciones jurídico-fácticas fueron debidamente evidenciadas: de un lado, que el supraindicado *"...documento de 5 de abril de 2001 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 001 de 2011...hace parte integral del pliego de condiciones y por tanto del contrato 887 de 2001"* (pretensión 4.1.1). Y del otro lado, que en consonancia con el *"...contenido del Documento"* en cuestión, *"...el derecho del concesionario a utilizar el SISTEMA...para la operación de otros juegos de suerte y azar y para uso comercial..."*, se condicionó *"...al acuerdo previo entre las partes sobre la remuneración por tal concepto a la propietaria del SISTEMA, hoy COLJUEGOS...."*.

Así las cosas, en guarda de la necesaria coherencia argumentativa (sustancial y procesal), es menester darle paso a las precitadas pretensiones, todas cimentadas en un *'incumplimiento'* contractual de la convocada, ora simple (pretensiones 4.1.9 y 4.1.13), ora cualificado (como "gravemente", pretensiones 4.1.10, 4.11 y 4.12), incumplimiento que, se reitera, es el corolario lógico de la corroboración de las dos consabidas situaciones jurídico-fácticas, ya acreditadas en el respectivo despacho de las primeras pretensiones de la convocante. A lo que se suma que en las 'aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 2011', tantas veces mencionadas y que fueron conocidas oportunamente por la convocada, como de buena fe lo reconoce -así le asigne una lectura e inteligencia diferentes-, se le dio cabida a *"...otros juegos y/o servicios comerciales"*, y no a uno sólo de estos conceptos.

No en vano, como lo tiene decantado la doctrina especializada, *"[e]l incumplimiento se produce cuando no se cumple con la obligación contractual, preexistente y por ello se lesiona un derecho de crédito del acreedor. En una formulación más general se dice que hay incumplimiento cuando [se] impide de forma sustancial a la parte afectada acceder a lo que tenía derecho de acuerdo con el contrato.... También se ha definido como la 'falta de ejecución por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones contractuales, e incluye tanto el*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

cumplimiento defectuoso como el cumplimiento tardío' [Principios de UNIDROIT, art. 7.1.1]....Dentro de la categoría general de los hechos y actos jurídicos el incumplimiento es un hecho jurídico, y dentro de esa categoría es un hecho ilícito¹⁶⁶.

O como ya lo expresara este mismo Tribunal en aparte que antecede, habrá pues incumplimiento negocial cuando la conducta del deudor se aleje de lo convenido por las partes e impida, en consecuencia, la satisfacción de los intereses del acreedor, o también cuando se inobserven, se adiciona, inequívocos deberes especiales de conducta que, complementariamente, se suman a los deberes de prestación emergentes del pacto o acuerdo propiamente dicho, no por ello susceptibles de desconocerse —o trivializarse—, pues conforman el tejido negocial en su conjunto (artículos 1603 del C.C., y 871 del C. de Co.), según quedó establecido en los prolegómenos de esta decisión judicial.

En el *sublite*, según se reseñó en su oportunidad en este laudo, la sociedad convocada se 'alejó' de lo efectivamente acordado (proceso de configuración del Contrato 887 del 13 de junio de 2011), en cuanto que se desconoció el hecho de que el contenido de la respuesta a las *"...aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 2011"* (cláusula sexta, *ibidem*), final y ulteriormente pasó a formar parte complementaria del entramado contractual correspondiente, el que por ende resultaba vinculante para ella, en concreto lo atinente a que *"...se requería de un acuerdo previo sobre el valor a cobrar..., lo que se formalizaría por medio de otrosí al contrato de concesión"*, instrumento aditivo o complementario, que igual y materialmente se echó de menos, tanto en la fase genético-negocial (formativa), como en la ejecutiva (ejecución del contrato).

De ahí entonces que no sea de recibo la argumentación enderezada a pregonar que el documento de respuesta varias veces aludido, *"...fue intencionalmente no tenido en cuenta por COLJUEGOS por lo que fue remplazado por los*

¹⁶⁶ RICARDO LORENZETTI. *Tratado de los contratos. Parte general*, Editorial Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p.p. 611 y 612, autor que sobre el particular agregó que, "La responsabilidad civil es la obligación impuesta, como reacción del ordenamiento jurídico, a quien infringe un deber jurídico, dañando a otro". De allí que anote que frente a "...la responsabilidad contractual el comportamiento viola una obligación, que ya existe, es determinada o específica respecto de un sujeto que es deudor.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

términos y condiciones recogidos en el contrato y en el Acta de Inicio de fecha de 19 de abril de 2012" (contestación a la demanda principal, folio 45 original).

Por lo tanto, si contractualmente para la 'operación de otros juegos de suerte y azar y para uso comercial', era menester la existencia de un acuerdo "...previo sobre la remuneración....a la propietaria del SISTEMA" (*ibidem*), conforme se indicó, resultaba entonces indispensable su correlativa formalización complementaria (la que no se materializó). De lo que se desprende, fácticamente, que al haberse llevado a cabo la operación en cita sin el lleno de la señalada exigencia (acuerdo previo adicional), a lo que se suma que no se remuneró adicionalmente a la convocante por ello, se incumplió el contrato de concesión en comentario, un contrato oneroso y conmutativo, con todo lo que ello supone en la esfera prestacional, y en la esfera de la principalística inherente a la contratación administrativa, la que no puede ser soslayada, como se expresó en detalle en las consideraciones generales de esta providencia, so pena de contrariar el régimen hermenéutico de los contratos estatales, así como las limitaciones impuestas a la autonomía privada en sede de los contratos celebrados por la administración, según igualmente se señaló a espacio con antelación.

Obsérvese, en efecto, que en la aducida respuesta, se indicó que "[e]n el evento de que pretenda usarlo para la operación y explotación de otros juegos y/o servicios comerciales, se requerirá de un acuerdo previo....", por manera que había claridad -o debió haberla en cabeza del convocado- de que la operación, en sí misma considerada, no podía realizarse sin el cumplimiento de puntuales exigencias (*sub conditione*), motivo por el cual, si de hecho se operó el sistema sin la verificación de tales exigencias, mal podría entenderse, como se ha dicho, que se cumplió cabalmente el negocio jurídico estatal, lo que no está en consonancia con una genuina y contextual interpretación de este texto, vinculante como ya se expresó y clarificó, máxime cuando en desarrollo de lo estipulado por el artículo 1620 del Código Civil, "[e]l sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno", a la que se atiene este panel arbitral.

Al fin y al cabo, como se ha anotado, ello es neurálgico, la cláusula sexta del contrato de concesión -y las demás que resultaren y resulten coligadas- fue precisada y, por esa vía enriquecida, gracias a las observaciones instrumentadas a través de la respuesta a las aclaraciones adicionales al pliego de condiciones a la que ya se hizo mención (5 de abril de 2011), la que entonces no puede ser soslayada o inaplicada, también como se resaltó, puesto

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

que a juicio del Tribunal forma para integral del mismo, de conformidad con lo establecido, entre varios, por el ya aludido y examinado artículo 1622 del Código Civil (regla de la interpretación contextual), criterio corroborado ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado.

Todo lo anterior, con mayor y sólida razón, si se memora que la cláusula octava del contrato *sub examine* enlistó varias "PROHIBICIONES AL CONTRATISTA", una de ellas la número seis, con arreglo a la cual, rectamente entendida -esto es con apego a los postulados que gobiernan la interpretación de los contratos estatales objeto de análisis por parte de este Tribunal-, "...*queda prohibido expresamente al concesionario....6) Operar otros juegos por intermedio de la red de apuestas o de las terminales con las que se operan las apuestas del juego LOTO EN LÍNEA - BALOTO, sea la red de apuestas del CONCESIONARIO o de un tercero, sin previa autorización de la EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD-ETESA EN LIQUIDACIÓN*".

Por consiguiente, al Tribunal no escapa la argumentación esgrimida en este específico punto por la convocada respecto a la demanda principal, en el sentido de afirmar que de ella no dependía, exclusivamente, la posibilidad de arribar a un 'acuerdo previo', supuesto fáctico de la respuesta vinculante ya referida ('Documento de respuesta a las aclaraciones adicionales....'), de lo que ella colige, en consecuencia, la ausencia de incumplimiento contractual suyo, particularmente en lo que respecta al uso del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar (por los que reconoce que debía pagar una remuneración), en la medida en que la falta de acuerdo impediría que la obligación fuera exigible.

Sin embargo, bien miradas y contextualizadas las cosas, respetuosamente no se puede hacer eco de la misma, por sugestiva que sea, habida cuenta que, *stricto sensu*, no estaba legitimada para operar sin el lleno de unos requisitos, como se expresó, en cuyo caso pudo desplegar una conducta más proactiva y sistemática de su parte, máxime cuando el artículo 3 del Estatuto General de la Contratación Administrativa radica en cabeza de los particulares una carga especial de forzosa ejecución, con base en la cual, "[l]os particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidad, colaboran con ellas en el logro de su fines y cumplen una función social", temática que ya fue abordada en las consideraciones previas por este panel arbitral, a las que le ha dado, por lo demás, singular relevancia.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

En tal virtud, considera el Tribunal que en sintonía con dicho deber de colaboración -o cooperación-, esencial en el Derecho de obligaciones y contratos en la modernidad, y cardinal en el campo de la contratación administrativa patria, igualmente como se historió antes, la convocada, aparte de que no debía operar el sistema sin el cumplimiento de los requisitos de índole negocial ya mencionados -y conocidos por ella-, le correspondía actuar más en armonía con dicho deber, no sólo emergente de la buena fe objetiva, sino también de la ley aplicable, tanto que como varias veces lo ha reseñado este Tribunal "*...un papel de colaboración compete asumir en todo momento al contratista*", médula del régimen de contratación en comento, según se atestiguó, con explicitud, en su Exposición de Motivos, correspondiente.

Y lo anterior se ve reforzado, además, si se tiene en cuenta que uno de los deberes de colaboración de mayor linaje en la actualidad, sobre todo en el marco contractual, es precisamente el deber de información, ese mismo al que apeló la convocante extrajudicial y judicialmente, tal y como dan cuenta las pruebas obrantes en el plenario, y que éste Tribunal ha entendido que, si bien formalmente no se incumplió y en concreto, de manera sistemática, si se echa de menos una actividad informativa más activa, comprometida y fluida, y sobre todo oportuna, aspectos estos determinantes para no haber podido llegarse a un acuerdo, además de estar estrechamente enlazados con el deber de colaboración de la convocada, al que varias veces se ha aludido en esta providencia, según se dará entonces cumplida explicación en el despacho de las últimas pretensiones principales de la demanda (4.1.14 y siguientes).

Hecho aquél decisivo que reviste una acentuada importancia en el *sub lite*, en atención a que permite comprender, de algún modo, cómo sí dependía de la convocada, es decir, de una u otra manera, proveer en condiciones más fluidas y oportunas la información pertinente, a fin de allanar mejor el camino para arribar a acuerdo económico, información sin la cual, en su momento, responsable y razonablemente, difícilmente resultaba posible, o por lo menos aconsejable convenir el "*...valor a cobrar por concepto...*" de "*...la operación o explotación de otros juegos y/o servicios comerciales*" por parte de la entidad estatal convocante, a la que no se le permitió contar con todos los elementos para ello, a sabiendas de que la concesión, por antonomasia, es un contrato oneroso, a la par que conmutativo, con todo lo que ello supone, en especial en lo que atañe a la equivalencia prestacional, a la que ya se ha aludido, y a la que se aludirá de nuevo, por resultar fundamental, lo que adquiere mayor fuerza tratándose de una entidad que, por ley, tiene un confeso compromiso con

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

intereses superiores, como lo son los relacionados con el derecho a la salud de la comunidad.

En esta dirección, algún valor indicativo de lo dicho podría llegar a tener "...la prueba por informe rendida por el representante administrativo de COLJUEGOS" (folio 115, alegato de conclusión de la sociedad convocada), pues en su respuesta a una pregunta a él formulada, expresó: "*Desde la suscripción entre ETESA en Liquidación y GTECH S.A.S. del 'ACTA DE CIERRE ETAPA OPERATIVA CONTRATO DE CONCESION DE 2011', y en donde se advirtió que 'no se ha llegado a un acuerdo sobre el uso del sistema concesionado', pese a que 'COLJUEGOS adelantó varias actuaciones tendientes a definir de manera concertada con el operador las condiciones para la explotación comercial del sistema Baloto, sin que con este ejercicio se haya logrado superar las diferencias, fundamentalmente porque la concesionaria en los años iniciales de la ejecución del contrato negó que tuviera que pagar por tal concepto y ha incumplido reiteradamente su obligación de suministrar la información necesaria que le permita a Coljuegos el conocimiento de la forma y términos en los cuales está siendo explotado ese bien de su propiedad y los pagos que hacen los usuarios de tal Sistema, así como del costo diferencial por la utilización del Sistema para estos efectos'*" (se destaca).

Desde esta perspectiva, entonces, es que se evidencia un quiebre del Contrato de Concesión 887, y por ende, un incumplimiento de parte de la convocada, no sólo porque operó el Sistema sin el cumplimiento de los requisitos que conocía que debía cumplir, según se anotó, sino también porque el cumplimiento formal, pero no siempre oportuno, fluido y colaborativo del deber de información radicado en cabeza suya, lo que indica es que la falta de acuerdo a la que con tanto énfasis se alude para efectos liberatorios, de una u otra forma, pudo depender de una falta de observancia plena y oportuna del deber de colaboración, y, en alguna medida, de una atención particularmente formal del deber de información, el cual forma parte inescindible del Contrato 887 en referencia, puesto que es un deber que, por excelencia, se anida en el *corpus* contractual, hasta el punto de que integra el contenido del contrato, concretamente el sustrato 'obligacional', por el cual se debe pues responder en conjunto, con mayor razón tratándose de un deber de tanta significación y elocuencia, en general, y en el caso específico que interesa a este Tribunal, en particular, precisamente por las razones que se señalaron, y se señalarán, lo que no contradice con el hecho de que se estime que, por lo que se expresará en su momento, las últimas pretensiones, referidas particularmente a su incumplimiento sistemático, no prosperarán.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

Dicho de otro modo, en desarrollo del arraigado deber de colaboración que les incumbe a los administrados, en este caso a la convocada, era de esperar un *plus*, un valor agregado conductualmente concebido, que hubiera permitido que las negociaciones entre las partes, hubieran podido llegar a un puerto diferente. Al fin al cabo, informar va más allá entregar la información formalmente, pues hay que tener en cuenta otros factores: suficiencia, oportunidad, fluidez, celeridad, entre otros, a lo que se agrega la mirada del caso particular, la que arroja una lectura distinta, pues cree el Tribunal que si a este tema informativo se le hubiere dado un tratamiento menos pugnaz y confrontacional –como el registrado-, todo de la mano de un intenso deber de colaboración, se reitera, muy seguramente el acuerdo se hubiera podido alcanzar, entre otras razones porque mucho de lo solicitado a la sazón, apuntaba a contar con elementos de juicio para la toma de decisiones técnicas y oportunas, máxime cuando estaban de por medio intereses superiores, como se anotó: los de la salud de los colombianos, ingrediente que le da una coloración algo diversa a este asunto, y como lo subrayan diferentes normas jurídicas aplicables, como las ya señaladas y analizadas en esta providencia.

Ahora bien, expresado todo lo que precede, y en cuanto respecta a la **primera excepción** de mérito formulada por la convocada, titulada "Cumplimiento del contrato por parte de IGT", se constata que no está llamada a enervar la pretensión en referencia -y las coligadas y relacionadas con ella-, en atención a que, en su esencia, gira alrededor de la interpretación diversa que este panel arbitral le ha dado al contrato, en especial al *"Documento de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 2001"*, con sujeción a la cual quedó esclarecido que frente la pregunta de que si existía *"...un costo para e[l] uso del sistema frente a la "...operación y explotación de otros juegos o servicios comerciales"*, se respondió que era necesario *"...un acuerdo previo sobre el valor a cobrar por dicho concepto"*, esto es que no era gratuito, o que no se entendía comprendido en otro valor, o compensado. Y, adicionalmente, el acuerdo debía materializarse antes de que el concesionario iniciara la operación de otros juegos de suerte y azar o la prestación de servicios comerciales.

Es cierto que en el Contrato 887, a la altura de la letra b) de la cláusula sexta, se expresó que *"ETESA EN LIQUIDACIÓN de manera expresa y escrita, en desarrollo de este contrato autoriza la utilización del sistema por parte del CONCESIONARIO para la operación y explotación del juego LOTO EN LINEA, así como para la operación de otros juegos o servicios comerciales...."*, pero ello no

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

implica, en sana y recta lógica, que haya que derivar de la susodicha autorización la gratuidad en comentario, a pretexto de que como se autorizó ello es demostrativo de que podía utilizar el 'Sistema' para la operación de otros juegos de suerte y azar sin que se conviniera en forma previa una retribución, y para la prestación de servicios comerciales, sin ninguna contraprestación, pago, o reconocimiento económico de especie alguna.

A lo anterior se suma que el literal b de la cláusula sexta del Contrato conserva el mismo tenor literal de la minuta que hacía parte del pliego de condiciones y que fue objeto de aclaración en el documento de 5 de abril de 2011, de manera que en ningún caso puede interpretarse que la entidad concedente pretendió modificar los términos iniciales y renunciar a la exigibilidad de los requisitos que exigían un acuerdo previo sobre la remuneración a pagar y la suscripción del correspondiente otrosí. Por el contrario, una recta interpretación debe conducir a la conclusión según la cual resultaba innecesario incluir en el Contrato los términos del documento de 5 de abril de 2011, puesto que era claro que lo estipulado en el literal b de la cláusula sexta debía entenderse en el sentido que ya había sido definido por la entidad contratante al resolver las solicitudes de aclaración, comoquiera que las aclaraciones producen efectos vinculantes y hacen parte del pliego de condiciones que, a su vez, es parte integral del Contrato.

También es importante destacar que una cosa es 'autorizar', y otra muy diferente entender que por dicha declaración de voluntad todo lo relacionado con la contraprestación económica adicional de cara a la citadas operación y prestación, quedó subsumido en ella, en el sentido de que si se dio el acto de autorización es porque se estaba confesamente aceptando que se podía proceder a utilizar el sistema sin realizar pago alguno, o, incluso, su gratuidad plena, interpretación que, con respeto, el Tribunal no comparte, no sólo por cuanto esta comprensión hermenéutica no está a tono con las coordenadas que en materia de la contratación administrativa hoy rigen, según se observó, en especial con los principios y valores que la escoltan, sino con el artículo 1619 del Código Civil, que es diáfano al señalar que, "*Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado*", lo que cabalmente comprendido, en lo pertinente, significa que un acto de autorización no puede ampliarse más allá de sus fronteras, máxime cuando una declaración -y entendimiento- de ese tenor y alcance, no ameritaría una lectura expansiva, precisamente por el contenido restrictivo que entraña o entrañaría: la gratuidad de un servicio relevante y sustantivo concesionado por el Estado, cuando están de por medio los recursos de la salud.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

De allí que autorizar, en síntesis, no quiera significar liberar del pago o reconocimiento en el plano prestacional, menos tratándose de los intereses de la administración, se itera, que son también de más amplio espectro: de interés general, a lo que se agrega, como ya se expresó, que "*...la operación de juegos de suerte y azar*", por expreso designio del legislador (Ley 643 de 2001), "*...se realizará...con arreglo a criterios de racionalidad económica...que garanticen la rentabilidad y productividad necesarias para el cabal cumplimiento de la finalidad pública y social del monopolio*" (se destaca), lo que alguna incidencia debe tener en el presente asunto.

Es en ese contexto que deben ser entendidas las certificaciones que Coljuegos otorgó el "*...13 de septiembre de 2013, 16 de diciembre de 2014 y 2 y 10 de marzo de 2015*", a las que la convocada les da una lectura diferente en el sustento que hace de la excepción de mérito *sub examine* (folio 44 original, contestación de la demanda), toda vez que, bien examinadas tales constancias, lo que ellas revelan es que el "*objeto del contrato*" se estaba cumpliendo, más no que la entidad pública concedente hubiera renunciado, *ex ante*, e irresolutamente, a recibir la contraprestación que le debía corresponder por el uso del Sistema para otros juegos de suerte y azar o para servicios comerciales o que todas las estipulaciones del acuerdo estaban cumplidas.

Así, en una de tales certificaciones, de acuerdo con el mismo dicho de la convocada, se estableció: "CERTIFICACION DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO NOVEDOSO BALOTO NO. 887 2011", expedida el 2 de septiembre de 2013, según la cual "*GTECH S.A.S, actual operador del juego de suerte y azar sistematizado, en línea y tiempo real tipo novedoso denominado baloto, al día de hoy ha cumplido a cabalidad con el objeto del contrato de concesión 887 de 2011*" (folio 117, alegatos de conclusión de la sociedad convocada, se destaca).

Por su parte, en la certificación de 2 de marzo de 2015 se observa que aunque el documento se haya denominado "certificación de cumplimiento", en su contenido únicamente se señala que el 13 de junio de 2011 las partes celebraron el Contrato de Concesión No. 887, describe su objeto y su duración, y enlista las actividades que el concesionario ejecuta como parte de sus obligaciones, pero en ningún momento la concedente manifiesta su conformidad con estas actividades ni acredita que se ha dado cumplimiento a lo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

pactado¹⁶⁷. En similar sentido, en la certificación de 16 de diciembre de 2014, COLJUEGOS únicamente señala las actividades que el contratista adelanta como parte de sus obligaciones, pero no indica de manera expresa que ellas se han cumplido¹⁶⁸.

Finalmente, debe destacarse que en escrito de 19 de marzo de 2015, COLJUEGOS emitió un documento adicional de alcance a la certificación expedida por solicitud del 10 de marzo de 2015 en el que expresó: *"se aclara, que la misma no implica en manera alguna, aceptación de la posición de GTECH S.A.S., o pronunciamiento sobre el reconocimiento económico por el uso de la red, aspecto sobre el cual en este momento hay una diferencia contractual entre las partes"*¹⁶⁹. En igual sentido, en comunicación de 2 de marzo de 2015, COLJUEGOS ya había manifestado que las certificaciones no comportan un pronunciamiento sobre la posición del concesionario respecto del reconocimiento económico por el uso de la red¹⁷⁰.

Además, hay que tener presente que el objeto de un contrato, no obstante su significado y alcance, no lo es todo en el terreno contractual, pues si así fuera, por indicativo o descriptivo que sea, como en efecto suele serlo, no habría más que perfilar el objeto en referencia, sobrando entonces por completo lo demás, por vía de ejemplo, las estipulaciones de fijación del precio, los derechos y obligaciones de las partes, las causales de su terminación, etc.

Por manera que es la pluralidad de cláusulas o condiciones las que efectivamente integran el entramado negocial, de tal modo que en el objeto no está la completitud contractual, quedando pues por fuera una serie de aspectos nucleares, así como todos los deberes de conducta que, sin estar explicitados en el texto respectivo, contribuyen a su gobierno y regencia, pues se insiste en la idea inmersa en los artículos 1603 del C.C. y 871 del C. de Co, ya indicados, los que validan que no sólo lo contenido en el cuerpo formal del texto vincula, puesto que como lo revela la primera de estas dicientes normas, se reitera su contenido, *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley le pertenecer"*.

¹⁶⁷ Cuaderno de pruebas No. 4. Folio 398.

¹⁶⁸ Cuaderno de pruebas No. 4. Folio 409.

¹⁶⁹ Cuaderno de pruebas No. 4. Folio 406.

¹⁷⁰ Cuaderno de pruebas No. 4. Folio 404.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Pero en adición a lo señalado, el mismo objeto del contrato 887, en concreto, muestra que es limitado, lo que refrenda lo manifestado en párrafos previos, por cuanto se refiere únicamente al juego BALOTO, sin mencionar otros juegos y servicios adicionales, materia real de tal acuerdo. Es así como su cláusula primera establece: *"OBJETO. El objeto del presente contrato lo constituye la concesión de la explotación y operación en todo el territorio nacional, con exclusividad, del juego sistematizado, en línea y tiempo real de tipo novedoso denominado LOTO EN LINEA-BALOTO, que hace que ETESA en Liquidación a favor del CONCESIONARIO, parte esta última que se obliga a operar dicho juego por su propia cuenta y riesgo, pagando como contraprestación los derechos de explotación y gastos de administración que hace referencia la Ley 643 de 2001, modificada por la Ley 1393 de 2010" (se destaca).*

Por otra parte, aclarado lo que antecede, la entidad convocada en la excepción que se examina ("PRIMERA"), echa de menos *"...los elementos que configuran la responsabilidad contractual en contra de IGT-SAS", en atención a las siguientes "...razones".*

Primera, que a su juicio *"IGT-SAS no está obligada a reconocer a la concedente remuneración por el uso del sistema para la prestación de servicios comerciales, adicional a la que ya pagó bajo el concepto de 'valor del contrato'".*

Segunda, en consideración a que *"COLJUEGOS autorizó expresa y previamente a IGT SAS a usar el sistema para operar y explotar otros juegos de suerte y azar y prestar servicios comerciales".*

Tercera, en razón de que *"IGT-SAS actuó con la confianza legítima de estar autorizada expresa y previamente por COLJUEGOS a usar el sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar y prestar servicios comerciales".*

Cuarta, en la medida en que *"IGT-SAS no incumplió el contrato pues el pago de la remuneración por usar el sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar aún no ha sido determinado por las partes ni por un tercero, por lo tanto no es exigible".*

Quinta, porque *"IGT-SAS cumplió con el deber de información conforme fue previsto en el contrato de concesión 887 de 2011".*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Y sexta, por cuanto *"IGT-SAS cumplió con el deber de permitir la inspección, vigilancia y seguimiento conforme a lo previsto en el contrato de concesión 887 de 2011"*.

Frente a las primeras dos razones, hay que precisar que el Tribunal, en lo toral, ya se ha ocupado de las mismas en diferentes apartados del laudo, circunstancia que justifica que, en el orden que corresponda, se remita a los mismos. Lo propio sucede con la cuarta.

Respecto de la quinta y la sexta, el Tribunal en el lugar respectivo, esto es cuando se ocupe de las pretensiones 4.1.14, 4.1.15, y 4.1.16, hará las consideraciones que a ellas correspondan, lo que explica la remisión correspondiente, aun cuando anticipo que, en lo pertinente, prosperarían.

Por último, en lo que tiene que ver con la tercera razón esgrimida, y delineada anteriormente, en concordancia con lo ya expresado y con lo que se expresará luego, respetuosamente no la encuentra de recibo el Tribunal, no porque en la actualidad no sea determinante y, por contera cardinal la confianza legítima, así como las expectativas igualmente legítimas y razonables, como al unísono lo confirma la jurisprudencia y la doctrina¹⁷¹, y la propia ley -en puntuales latitudes-, sino por cuanto en el *sub lite*, en rigor, no puede invocarse con éxito.

Efectivamente, como se ha señalado, en la órbita contractual uno de los rasgos de mayor entidad y significación, hoy por hoy estriba en la franca y decidida protección de la confianza suscitada por uno de los contratantes, en cuyo caso, además, correlativamente deberán ser tuteladas las expectativas que, en forma legítima y razonable, se radiquen en su cabeza, en prueba de que, en principio, la literalidad del contrato y el postulado de la fuerza y de la fidelidad negociales, no pueden ser pretextadas con el propósito de desconocerlas, todo en íntima comunión con el aquilatado principio de la buena fe, en su dimensión objetiva, al que ya se aludió y respecto del cual se hicieron algunas consideraciones puntuales.

Por ello, con razón, la H. Corte Suprema de Justicia ha puesto de presente que, *"El principio general de la buena fe está en indisociable conexión con la confianza legítima, legalidad y probidad de los ciudadanos, protege de cambios sorpresivos e inesperados que, aunque amparados en las reglas de derecho,*

¹⁷¹ CRISTIÁN BOETSCH GILLET. *La buena fe contractual*, Universidad de Chile y Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p.p. 109 y s.s.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*contradigan las serias expectativas gestadas con la conducta anterior, en función de las cuales estructuran su programa de vida por la confianza inspirada en la seriedad, estabilidad, coherencia y plenitud del comportamiento futuro, tutelando su buena fe y convicción en la proyección de la situación anterior*¹⁷².

Y por su parte, el H. Consejo de Estado, con acierto, ha enfatizado que, *"Cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a la misma. Ese es un MANDAMIENTO MORAL y un PRINCIPIO DEL DERECHO JUSTO. Por ello el profesor Karl Larenz, enseña: 'El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho –con independencia de cualquier mandamiento moral– tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera...'* (Derecho justo. Editorial Civitas, pág. 91)¹⁷³".

Sin embargo, como se esbozó, la protección en comento no es generalizada, amén de automática, como quiera que no toda 'confianza', de por sí, amerita salvaguarda, puesto que para que reciba la correspondiente tutela jurídica, es menester que se observen concretas y plausibles exigencias, una de ellas atinente, justamente, a que sea 'legítima' y, por ende, susceptible de amparo, legitimidad que, *ab initio*, está ligada a la realización de actos o hechos inequívocos que, sin hesitación, tengan la virtualidad de haber generado la señalada confianza, la que no se puede entonces sustentar en una mera creencia de índole subjetiva, sino en una creencia de índole objetiva, o con arraigo en lo objetivo, y en lo que resulte razonable. De lo contrario, campearía la inseguridad jurídica, a la par que una azarosa y volátil intangibilidad contractual, habida cuenta que todo podría llamarse o tornarse en 'confianza'.

¹⁷² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de septiembre de 2007.

¹⁷³ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de agosto de 1992.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

En esta última dirección, la jurisprudencia arbitral ha tenido ocasión de reafirmar que no siempre se "*...cumplen las condiciones que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, resultan determinantes del surgimiento de la confianza legítima, que como fuera antes anotado "no se trata de una confianza de carácter espontáneo o subjetivo, que el sujeto pueda haberse creado por sí mismo, sino que tiene que ser una confianza objetiva y razonable, que al mismo tiempo, resulte conocida de la otra parte (...), a lo que se agrega que debe emanar de actos u omisiones relevantes y en especial inequívocos, a fin de que puedan ser susceptibles de tutela o protección efectiva, que son justamente los que se echan de menos"*¹⁷⁴.

Claro entonces que no toda confianza obtiene el *exequatur* del ordenamiento, por lo que debe concluir el Tribunal que, en el presente caso, la 'confianza' que invoca la convocada, no puede tener real acogida, toda vez que como lo ha constatado este panel arbitral en el despacho de la pretensión 4.1.1., el "*...contenido del Documento de 5 de abril de 2011 de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones a la licitación pública 001 de 2011 hace parte integral del pliego de condiciones y por tanto del contrato 887 de 2011*", motivo por el cual, al amparo del artículo 3 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, ella debía tener "*...en consideración que al celebrar...*" el contrato de marras, se perseguía el "*...cumplimiento de los fines estatales...*", de un lado, y del otro que el texto originario o inicial fue precisado o enriquecido en virtud del "*Documento de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 2011*", con todas las secuelas que de ello se siguen, ya expresadas anteriormente.

A su turno, la H. Corte Constitucional también ha puntualizado que "*... no cualquier expectativa se encuentra jurídicamente protegida, pues la confianza debe ser legítima o justificada para que pueda ser amparada por vías judiciales, pues sólo se protegen aquellas "circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles."* Por tanto, el principio de confianza legítima....sólo opera frente a comportamientos justificados, razonables y genuinos...."

En conclusión, a la vista de las reflexiones efectuadas, el Tribunal no puede brindarle protección a la confianza invocada, a raíz de que no se materializaron

¹⁷⁴ Laudo arbitral proferido el 4 de octubre de 2018, en el proceso promovido por Constructora J.C. S.A.S e 12R S.A.S contra Cerromatoso S.A.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

los requisitos necesarios para ello, puesto que, entre varios hechos -y situaciones-, otrora se estableció que había fundamento para *"...un valor a cobrar por...concepto"* de *"la operación y explotación de otros juegos y/o servicios comerciales"*, de tal modo que se requería de *"...un acuerdo previo"*, el que no se configuró finalmente (Documento de Documento de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 2001'), en lo que el incumplimiento del deber de información, tuvo incidencia, según se anotó, y anotará.

Ahora bien, en lo que dice relación con la segunda excepción, rotulada como *"Inexistencia del daño"*, la que se edifica *"...en la falta de daño o perjuicio derivado del supuesto incumplimiento de IGT-SAS a sus obligaciones, pues insisto en que la falta de acuerdo de las partes en fijar la remuneración a pagar a COLJUEGOS por el uso del SISTEMA para la comercialización de otros juegos de suerte y azar no constituye un daño cierto y determinado; además, la remuneración por el uso del SISTEMA para servicios comerciales está incluida dentro del 'VALOR DEL CONTRATO'.* Tal como lo dije antes, la CONCESIONARIA ha cumplido con sus obligaciones dispuestas en la *CLAUSULA SEXTA...."* (se destaca), el Tribunal estima que, de nuevo, la convocada esencialmente hace girar su argumentación en torno al tema del cumplimiento del contrato por parte suya, hasta el punto que deriva del mismo, correlativamente, la inexistencia de un daño resarcible, esto es como secuela de lo anterior.

Tal argumentación, bien entendida, en su esencia ha sido ya examinada por el Tribunal en diferentes apartes, arribando a una comprensión diversa, a la que se remite y remitirá, en lo pertinente, lo que justifica que no esté llamada a prosperar, puesto que bien se ha puesto de presente, de una parte, que sí ha tenido lugar un incumplimiento del contrato, en cuyo caso la 'falta de acuerdo de las partes en fijar la remuneración a pagar', no excluye de plano una inejecución prestacional (programa contractual, en su real extensión), como se relató, y por la otra, porque la 'remuneración por el uso del SISTEMA para servicios comerciales', según opinión del mismo, no *"...está incluida dentro del VALOR DEL CONTRATO"*, tal y como ya se expresó con antelación.

Análogo resultado se impone en relación con la sexta excepción formulada por la convocada, en la medida en que las excepciones tercera, cuarta y quinta, por conexidad, serán despachadas en otro acápite de esta providencia, sexta excepción que se intituló *"Buena fe de IGT-SAS"*, pues más allá de que, en estrictez, encuadre o no en una típica excepción de raigambre procesal, lo cierto es que, *per se*, no tiene vocación de prosperidad, porque comportarse de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

buena fe es un imperativo de todas las personas: naturales y jurídicas, tanto que, por lo que ello entraña en la vida comunitaria, la Constitución Política, a la altura su artículo 83, la presume. De allí que luego de elevar dicha recta y honorable conducta a deber, a continuación la presume: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas *deberán* ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual *se presume*" (se destaca).

Por lo tanto, hay situaciones en las cuales aflora un incumplimiento o una inejecución prestacional vinculante, sin que por ello indefectiblemente se deba entender que la referida presunción se desvirtuó y que por ello, se actuó de mala fe, o con quebranto de la buena fe, censuras específicas, a la vez que calificadas que no está efectuando el Tribunal en el *sub lite*, ni en cabeza de la convocante, ni de la convocada, como se refrendará al momento de darle cumplimiento al artículo 280 del C.G.P. De ahí que invocar la buena fe, que se presume además como se expresó, no tenga por sí sola la virtud de neutralizar las pretensiones formuladas en su oportunidad, pues han sido otras las razones que, para el efecto correspondiente, se esgrimieron por este panel arbitral.

Como corolario de lo anotado, se abren pues paso las pretensiones 4.1.9 y 4.1.11, según se consignará en la parte resolutive de esta providencia.

Igual suerte correrán las pretensiones 4.1.10 y 4.1.12, y también la 4.1.13, se anticipa, en atención a la aducida conexidad, en lo aplicable.

Efectivamente:

En cuanto a la pretensión 4.1.10, ya se manifestó que respecto al uso del "...*Sistema de propiedad de COLJUEGOS para la prestación de servicios comerciales*", previamente no se llegó a ningún "...*acuerdo sobre la remuneración a pagar a la concedente por tal concepto y sin que se hubiera suscrito el respectivo Otrosí*", de lo que se colige que el ya mencionado incumplimiento, sí se evidenció, puesto que, de plano, no se atendieron por la convocada los dos requerimientos jurídico-fácticos anunciados, en lo aplicable, el que desde la óptica del Tribunal tendría la connotación de un incumplimiento jurídicamente relevante, más allá de la calificación literal que en ella se hace (gravedad), acotación extensiva a las demás pretensiones.

En lo tocante con la pretensión 4.1.11, lo mismo tiene lugar, habida cuenta que la convocada utilizó "...*el sistema de propiedad de COLJUEGOS para la operación de otros juegos de suerte y azar, sin que hasta la fecha de la*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

demanda haya pagado contraprestación alguna por tal concepto", la que ciertamente no se ha reconocido, por entenderse que no se llegó a un acuerdo, entendimiento que como se ha expresado no comparte el Tribunal, que ha considerado, por el contrario, que no se podía utilizar o usar el SISTEMA sin que previamente se llegara a un acuerdo, en cuyo caso la convocada pudo desplegar una serie de conductas encaminadas a dicho logro, como ya se indicó, sobre todo en el ámbito del deber de colaboración, y en particular en el de información.

En lo que dice relación con la pretensión 4.1.12, observa el Tribunal que igualmente está llamada a tener acogida, habida consideración de que se edifica en un supuesto fáctico ya examinado, en la medida en que se peticiona *"Declarar que la concesionaria GTECH S.A.S ha incumplido gravemente el contrato de concesión 887 de 13 de junio de 2001 Cláusula Sexta-ff y su aclaración contenida en el documento de 5 de abril de 2011...., al haber utilizado el SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS para la prestación de servicios, sin que hasta la fecha de la demanda haya pagado contraprestación alguna por tal concepto a la concedente como propietario del sistema"*.

Por consiguiente, como es cierto que hasta la fecha dicho reconocimiento económico -o contraprestación- no se ha verificado, debiendo haberse realizado, como ya se expresó en diversos pasajes del laudo, y ahora se refrenda, debe correr la misma suerte tal pretensión (4.1.12).

De ahí que la tesis con base en la cual *"...ETESA a ciencia y paciencia y de manera consciente contempló la necesidad de ser remunerado de más por el uso del Sistema para la operación y explotación de servicios comerciales y en desarrollo de ello no le informó ni le impuso al futuro concesionario dicha carga para que así lo estimara dentro de su propuesta"* (folio 50, alegatos de la convocada), respetuosamente no puede ser compartida por los motivos ya expresados antes que, en lo esencial, gravitan alrededor del alcance de la interpretación contextual e inclusiva de diferentes hitos jurídico-negociales efectuada por el Tribunal, en especial en lo que atañe al valor reconocido al 'documento de respuesta a las aclaraciones adicionales presentadas por los interesados en el pliego de condiciones de la licitación pública 01 de 2011', sumado a la valoración de otros elementos, tales como la naturaleza y teleología del tipo contractual celebrado por las partes, las circunstancias que rodearon su celebración, etc., así como la ponderación individual de las coordinadas y 'mandatos' establecidos por el Estatuto General de la Contratación Administrativa (art. 28, "De la interpretación de las reglas

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

contractuales"), en concreto la "...la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos", todo en estricta concordancia con los "...fines y principios" de la contratación estatal y del Derecho administrativo, en lo aplicable (arts. 3, 23 y demás disposiciones concordantes), y con los derroteros hermenéuticos propios del Derecho privado: civil y comercial, igualmente en lo pertinente (art.13, *ibidem*), los que fueron materia de análisis.

Finalmente, en lo que concierne a la pretensión 4.13 de la demanda formulada por la convocante, y en sintonía con el despacho de las pretensiones que preceden, el Tribunal estima que, a su vez, ella es de recibo, en la que expresamente se solicitó *"Declarar que el incumplimiento de la concesionaria en el pago de la retribución a COLJUEGOS por el uso del SISTEMA para operar otros juegos de suerte y azar y para servicios comerciales ha dado lugar a que ésta se lucre directamente o ha permitido que terceros se lucren de la utilización de un bien de propiedad del Estado, esto es del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS, sin reconocer retribución alguna por tal concepto a favor del propietario del bien"*.

Y es de recibo, por cuanto, como ya se señaló, la convocada, en atención a las razones jurídicas que esgrimió en diferentes momentos procesales y extraprocesales, le ha dado una interpretación diferente a la conferida por la convocante, e igualmente distinta a la realizada por este Tribunal. De allí que, con estribo en su entendimiento del contenido contractual no haya reconocido montos o sumas adicionales, que son justamente las que aspira obtener la entidad convocante a través de este trámite arbitral.

Por lo tanto, teniendo en consideración que este panel ha arribado a la conclusión de que para operar el 'Sistema' respecto a la 'operación de otros juegos de suerte y azar', y para la 'prestación de servicios comerciales' era necesario cumplir unos requisitos que no se cumplieron, uno de ellos relativo a la remuneración debida, resulta consecuente entender que ha habido un 'lucro' que no encuentra fundamento, explicación y justificación directa en la interpretación dada al contrato en cuestión por la convocada, el que no le sirve entonces ni de estribo, ni de manantial, por lo que desde esta perspectiva, en sentido amplio, habría un 'lucro', entendido como un beneficio de índole patrimonial, económico o financiero que no encuentra correlato, o equivalencia en la mencionada hermenéutica del contrato objeto de controversia.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Y ello es así, por una parte, toda vez que lucro, de acuerdo con el Diccionario de la lengua española, es "*Ganancia o provecho que se saca de algo*", en este caso de una operación que se realizó sin contraprestación económica adicional, debiéndose reconocer, según se ha dicho en más de una ocasión por la convocada, en lo pertinente.

Y por la otra parte, dado que al contrato, es la regla en la *praxis*, se le asigna y reconoce una indiscutida función económica, que está en consonancia con su propia dinámica en el tráfico cotidiano, tanto que, tratándose de contratos onerosos, y en particular conmutativos, como el que fue celebrado por las partes de este proceso y que es materia de la *litis* (número 887), la 'equivalencia prestacional' y su consecuente 'equilibrio', descansan en su núcleo, siendo entonces de su esencia, se reitera, lo que explica que el ya citado artículo 1498 del Código Civil, aplicable a la contratación administrativa (art. 13, Estatuto General de la Contratación Administrativa), establezca que "*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...*"(se destaca).

Equivalencia que, justamente, es la que se menoscaba o desdibuja cuando se obtiene un beneficio relevante que no encuentra correspondencia -o asidero- en el régimen prestacional en cabeza del otro contratante, específicamente en la concesión de un bien o un servicio (contrato de concesión como el celebrado), surgiendo entonces un desbalance o un desequilibrio que ameritan ser conjurados y, por ende, un quebranto de la justicia contractual, rectamente entendida en los tiempos que corren, signados por un nuevo 'orden contractual', ya esbozado.

Al respecto, como bien lo memoraron los profesores GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, y EDUARDO OSPINA ACOSTA, "...un contrato es conmutativo cuando reúne tres condiciones, a saber: a) que sea oneroso o útil para todas las partes que en él intervienen ; b) que no sea aleatorio, es decir, que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto, y c) que produzca prestaciones que se 'miren como equivalentes' entre sí, o sea, que determinen un cierto equilibrio en la economía del contrato"¹⁷⁵.

¹⁷⁵ GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1980, p. 65.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"El vocablo equivalente", lo ha recordado la Corte Suprema de Justicia, en lo que proceda, *"...tiene varias acepciones: etimológicamente quiere decir igual valor, porque equivaler procede de la voz latina aequivalere, la cual se compone de aequus (igual) y de valere (valer); en el lenguaje común se extiende al concepto de ser una cosa igual a otra en estimación, valor, potencia o eficacia....; pero como la voz estimación quiere decir aprecio y valor que se da o en que se tasa o considera una cosa, resulta que las dos primeras acepciones que la palabra equivale tiene en castellano denotan igualdad entre dos cosas en cuanto al valor comercial de ellas; en este sentido debe interpretarse la voz equivalente cuando se emplea en un contrato para fijar el precio, valor o canon...."*¹⁷⁶.

Del mismo modo, en el anunciado ámbito de la apellidada 'justicia contractual', también se ha expresado que, *"...mediante el equilibrio contractual se realiza la justicia contractual, toda vez que al mantenerse la reciprocidad y la proporcionalidad entre las obligaciones y los derechos de las partes ninguna de ella recibirá más ni menos de lo que corresponde porque tanto las prestaciones como el contenido de sus derechos se tendrán como equivalentes...."*¹⁷⁷.

Por lo tanto, desde el ángulo ya examinado, haciendo énfasis en el consabido sustrato económico, diáfano en los contratos onerosos, en concreto en los conmutativos, el profesor F. MESSINEO, anota que el contrato *"...ejerce una función y tiene un contenido constante; el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente contrapuestos, o por lo menos no coincidentes. Dichos intereses por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto, incremento de utilidad....Este es contrato como fenómeno práctico, o sea, como hecho económico"*¹⁷⁸.

En sentido análogo, el profesor RUBÉN STIGLITZ, reafirma que *"Como todo concepto jurídico, el contrato no es factible de ser comprendido en su esencia misma, si se lo considera sólo desde la perspectiva que suministran los textos legales, la doctrina de los autores y la jurisprudencia, con abstracción de la realidad socioeconómica externa....De allí que la sustancia del contrato, los*

¹⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de noviembre de 1931, XXXVII, p. 171.

¹⁷⁷ CAMILO POSADA TORRES. *El equilibrio contractual en los contratos por adhesión*, Grupo Editorial Ibañez, 2014, p. 114.

¹⁷⁸ FRANCESCO MESSINEO. *Doctrina general del contrato*, T.I, E.J.E.A, Buenos Aires, 1952, p. 34

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

intereses que constituyen la materia de que se trata, se enuncie como operación económica. Toda referencia efectuada al lenguaje común a la materia de que trata un contrato, se resume en la idea de operación económica, cualquiera sea la modalidad que adopte la circulación de los bienes o de los servicios....En suma, si el contrato es, formalmente, la vestidura jurídica de una operación económica, ésta inexorablemente debe tener contenido patrimonial...el contrato es un instrumento operativo sólo en la esfera económica¹⁷⁹.

En este orden de cosas, con arreglo a las consideraciones que anteceden, sumadas a otras que atañen a la misma problemática, se constata que desde un prisma jurídico, con innegable connotación y efecto económico, se explica que el Tribunal arribe al convencimiento de que, en esos precisos términos, hubo un lucro adicional por *"...el uso del SISTEMA para operar otros juegos de suerte y azar y para servicios comerciales"*, en lo que resulte pertinente, respecto a la *"...concesionaria"*, bien *"...directamente"*, o bien porque haya *"...permitido que terceros se lucren de la utilización de un bien de propiedad del Estado...."*.

Tal entendimiento, por lo demás, encuentra debido reflejo -o soporte- en la realidad financiera y contable de la convocada, según da cuenta el dictamen pericial respectivo¹⁸⁰ que hace detallada referencia al volumen de ingresos y de utilidades que algunas de las sociedades vinculadas a IGT Games percibieron durante la vigencia del contrato, luego por esta otra vía confirmatoria, el resultado es análogo, imponiéndose la prosperidad de esta pretensión (4.1.13), como se manifestó.

En consecuencia, en desarrollo de todo lo registrado en este segmento, se tornan prosperas las pretensiones 4.1.9, 4.1.10, 4.1.11, 4.1.12 y 4.1.13, conforme se explicitará en la parte resolutive de este laudo, en los términos y con los alcances que en él se señalaron.

¹⁷⁹ RUBÉN STIGLITZ. *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, T.I, Thomson Reuters y La Ley, Buenos Aires, 2015, p.p. 1 y 2.

En la misma línea, el profesor igualmente argentino, Don JORGE MOSSET ITURRASPE, puntualiza que, "Para poner de resalto la importancia económica del contrato, nos bastaría con señalar su carácter de primordial fuente de obligaciones. La base económica de ese derecho es evidente. Se puede decir con Ascoli 'que el derecho de las obligaciones es el derecho del cotidiano comercio de la vida'. *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 41.

¹⁸⁰ Dictamen de Jegga Accounting House. Págs. 49 y ss. Sobre las utilidades ver, particularmente, las páginas 62 y ss.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

2.2.3. Pretensiones relativas al suministro de información sobre la utilización del sistema

2.2.3.1. Pretensiones

4.1.14. Declarar que la concesionaria GTECH S.A.S. ha incumplido gravemente la cláusula Sexta – r, del contrato de concesión 887 de 13 de junio de 2011, al negarse sistemáticamente a atender los requerimientos de información formulados por COLJUEGOS y por el Interventor del contrato, sobre el uso del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar y para usos comerciales.

4.1.15. Declarar que el grave incumplimiento en que ha incurrido GTECH S.A.S. en relación con el deber de información sobre la utilización del SISTEMA para actividades diferentes a la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO, ha impedido a COLJUEGOS ejercer adecuadamente la labor de inspección, vigilancia y seguimiento que le competen sobre un bien de propiedad del Estado.

4.1.16. Declarar que el grave incumplimiento del deber de información en que ha incurrido GTECH S.A.S. en relación con la utilización del SISTEMA para actividades diferentes a la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA – BALOTO, ha impedido a COLJUEGOS contar con elementos concretos que le permitan la liquidación de las sumas a reclamar por la utilización del SISTEMA para la operación de otros juegos de suerte y azar y para uso comercial.

2.2.3.2. Posición de las partes

a. Posición de COLJUEGOS

La Convocante solicita en la demanda principal que se declare que GTECH ha incumplido gravemente la cláusula sexta-r del Contrato de Concesión No. 887 de 2011, al negarse sistemáticamente a atender los requerimientos de información que le han formulado tanto COLJUEGOS como la Interventoría, relativos al uso del sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y para usos comerciales (pretensión 4.1.14). Asimismo, pretende que se declare que el grave incumplimiento en relación con el deber de información ha

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

impedido a COLJUEGOS ejercer adecuadamente la labor de inspección, vigilancia y seguimiento sobre un bien que es de propiedad del Estado (pretensión 4.1.15) y que le ha impedido contar con elementos para liquidar las sumas que podría reclamar por el uso del sistema (pretensión 4.1.16).

Sustenta sus pretensiones en que, durante la ejecución del Contrato, COLJUEGOS no ha tenido acceso a la información relacionada con el uso del sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y para la prestación de servicios comerciales, porque GTECH se ha negado a suministrarla alegando, entre otras, las siguientes razones: (i) inexistencia de una obligación contractual de tal naturaleza, que únicamente se circunscribe a la información relacionada con la operación del juego Loto en Línea BALOTO; (ii) confidencialidad en los convenios suscritos con terceros para la ejecución de las mencionadas actividades; y (iii) que la operación de otros juegos así como los servicios comerciales no los gestiona GTECH S.A.S. sino otras empresas del grupo al que esta pertenece respecto de las cuales COLJUEGOS no tiene facultad para revisar su información.

Cita entonces una serie de comunicaciones en las que solicitó información a GTECH y las respuestas que recibió del Concesionario.

b. Posición de GTECH

En la contestación de la demanda, la Convocada se opuso a las pretensiones por considerar que no ha incurrido en el incumplimiento de la cláusula sexta-r, toda vez que ha atendido oportunamente todos los requerimientos del Interventor y los que ha formulado COLJUEGOS en relación con el uso del sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y para usos comerciales. Asimismo, argumenta que de conformidad con la cláusula sexta-k, en concordancia con la cláusula novena literal a), ha permitido al Interventor la inspección administrativa de sus establecimientos y sus libros de contabilidad, y ha suministrado la información que se requiera para el control de las apuestas. Igualmente, ha permitido a la Convocante ingresar a sus dependencias para revisar la ejecución del Contrato.

Respecto de los hechos, manifiesta que no es cierto el alcance que COLJUEGOS pretende darle a la cláusula sexta-r, puesto que, en su concepto, allí no se regula el suministro de información sobre actividades de terceros, sino sobre las

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

acciones que, a instancias del Interventor, debían adoptarse en las áreas contable, técnica y comercial para obtener mejores resultados económicos del sistema. En todo caso, señala que ha atendido todas las solicitudes de información que la Convocante le ha formulado e incluso ha suministrado los contratos que ha suscrito con terceros, relacionados con el uso del sistema.

Señala que envió a COLJUEGOS los contratos que ha suscrito en ejercicio de los derechos que ostenta para usar el sistema, así como la información que tiene en su poder en virtud de estas prerrogativas. En igual sentido, se refiere a las comunicaciones mediante las que dio respuesta a las solicitudes formuladas por la Convocante, destacando la comunicación de 7 de abril de 2014 con la que remitió documentos pertenecientes a terceros, tales como los estados financieros auditados de IGTFH, IGT COLOMBIA e IGT COMUNICACIONES LTDA para los años 2012 y 2013.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó "cumplimiento del contrato por parte de IGT", dentro de la que se incluyó la excepción denominada *"IGT-SAS cumplió con el deber de información conforme fue previsto en el Contrato de Concesión 887 de 2011"*, en la que relaciona las fechas de los requerimientos de COLJUEGOS y la respuesta respectiva dada por GTECH. En este mismo sentido, también incluyó dentro de la excepción de cumplimiento, la denominada "IGT-SAS cumplió con el deber de permitir la labor de inspección, vigilancia y seguimiento conforme fue previsto en el Contrato de Concesión 887 de 2011".

2.2.3.2. Consideraciones del Tribunal

Procede el Tribunal a analizar las pretensiones de la demanda principal relacionadas con el presunto incumplimiento grave del Contrato de Concesión No. 887 de 2011, particularmente de la cláusula sexta-r, como consecuencia de la negativa a atender los requerimientos de información de la Convocante.

a. Aspectos generales de la obligación de información

El principio de la buena fe, estudiado en acápite anterior del presente laudo, se proyecta en el ámbito de las relaciones contractuales, principalmente mediante la función integradora que está destinado a cumplir. En efecto, en virtud del principio de la buena fe, se incorporan al negocio jurídico una serie de reglas de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

comportamiento que, aunque no hayan sido expresamente reguladas por las partes, hacen parte de su contenido implícito. En virtud de este papel integrador que desempeña la buena fe, los deberes pactados en el negocio jurídico adquieren un sentido más amplio y, adicionalmente, se incorporan otros deberes particulares en atención a la naturaleza y a la finalidad perseguida con el contrato, denominados deberes secundarios, complementarios o colaterales de conducta.

Dentro de estos deberes secundarios, sobresale el deber de información, definido por la doctrina como aquel que consiste en "*(...) dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre otros elementos, que permiten dentro del período precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo, bajo los postulados de la buena fe*".¹⁸¹

Entendido en los anteriores términos, el deber de información comprende dos dimensiones: una negativa y otra positiva. La primera hace referencia a la abstención de engañar o inducir en error al otro contratante, es decir, supone un comportamiento negativo, un no hacer del deudor que tiene a su cargo el cumplimiento de este deber. Por su parte, la dimensión positiva consiste en un comportamiento activo, en un hacer, enderezado a suministrar o poner a disposición del otro extremo en la relación toda la información relevante para el negocio, con el fin de que disponga de los elementos de juicio necesario para adoptar sus decisiones.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante aclarar que, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada, definida como el "*(...) poder reconocido a los particulares «para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, reconociéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos»*", autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y

¹⁸¹ Chinchilla Imbett, Carlos Alberto. *El deber de información contractual y sus límites*. Revista de Derecho Privado No. 21. Universidad Externado de Colombia. (2011). p. 329.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*la colaboración entre ellos*¹⁸², es posible que las partes del contrato pacten una obligación de información como una de las prestaciones que son objeto del negocio. En este supuesto, el principio de la buena fe no opera como instrumento de integración del contenido contractual, sino como un criterio orientador del comportamiento de las partes que han de actuar con lealtad y rectitud en su cumplimiento, amén de la función interpretativa que sea menester realizar, en su caso. En este sentido, como parámetro de conducta, permite valorar el proceder de las partes y la idoneidad de los términos en que haya sido acordada la obligación para que efectivamente lograra la satisfacción de los intereses de los contratantes. Es así que, habiéndose convenido una cláusula relativa a la obligación de información, por considerar que reviste una particular relevancia, el juez del contrato debe acudir, en primer término, al pacto de las partes para fijar su alcance y así definir si, en el caso sometido a su consideración, se dio o no cumplimiento con las respectivas prestaciones. Igualmente, de encontrar acreditado el incumplimiento de la obligación de información, el contenido que las partes le hayan dado fijará a su vez los efectos de su inobservancia.

De conformidad con lo anterior, toda vez que el principio de la buena fe contractual ordena ajustar la conducta a criterios de lealtad en la ejecución del negocio, que supone propender por la efectiva satisfacción de los intereses de una y otra parte en el contrato, la doctrina ha manifestado que *"(...) apelando al mencionado principio [de la buena fe], la jurisprudencia destaca la lealtad con que deben comportarse las partes en el plano negocial, la cual reviste un aspecto tanto activo como pasivo, con fundamento en lo cual sostiene que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí, lo que prohíbe todo tipo de maniobras deshonestas en el ámbito de la competencia comercial, al igual que veda un malintencionado cumplimiento formal de los términos del contrato, so pretexto de la vinculación al contrato mismo que manda la buena fe, cuando con ello se configura una conducta desleal que termina por transgredir el propio principio"*.¹⁸³

Con el fin de establecer algunos criterios orientadores sobre la forma en que debe valorarse la obligación de información, su alcance y sus efectos, a nivel

¹⁸² Hinestrosa Forero, Fernando. *Tratado de Obligaciones II – De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*, Vol. I. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2015). p. 121.

¹⁸³ Neme Villarreal, Martha Lucía. *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. Revista de Derecho Privado No. 11. Universidad Externado de Colombia. (2006). p. 92

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

arbitral se ha sostenido que para que la información se pueda considerar idónea, adecuada o suficiente, los datos que el deudor se obliga a suministrar deben contener *"todo elemento susceptible de llevar al acreedor a una reacción, en el sentido de que si hubiera conocido la información, hubiere actuado diferentemente, es decir, que por ejemplo, no hubiera concluido el contrato o hubiera entendido sus cláusulas de manera diferente para obtener una correcta ejecución del mismo"*¹⁸⁴. Esta idoneidad dependerá, en cada caso concreto, del fin perseguido por las partes con la celebración del negocio jurídico del que se trate y del propósito al que debe servir la información.

En esta línea, la doctrina nacional sostiene que *"la extensión del deber de informar (...) puede y debe establecerse con el conocimiento y examen de las circunstancias, las expectativas, los riesgos y seguridades del negocio propuesto"*¹⁸⁵. Así, es importante para determinar el cumplimiento del deber de información: (i) analizar las circunstancias particulares del caso conforme a la calidad que ostentan los contratantes, el objeto del contrato, la finalidad perseguida y los medios dispuestos para su ejecución; (ii) las expectativas generadas en cada parte, que comprenden los motivos que las llevaron a contratar; y (ii) los riesgos que se desprenden del negocio y que las partes están dispuestas a asumir.

A lo anterior se suma que, para entender satisfecha la obligación de información, la doctrina también ha manifestado que la información debe reunir por lo menos tres requisitos: (i) claridad, (ii) oportunidad y (iii) transparencia. La primera de las condiciones supone que la información se suministre en un lenguaje que pueda ser entendido en su totalidad por el receptor de la misma, de manera que debe evitarse *"un lenguaje ambiguo que no pueda ser comprendido a cabalidad por la contraparte"*¹⁸⁶. Por su parte, la oportunidad se refiere a que la información se comuniqué dentro del término convenido o en el tiempo en que sea útil para el receptor, de manera que produzca los efectos para los cuales se convino la obligación. Por último, la transparencia exige que

¹⁸⁴ Tribunal de Arbitramento de Change Consulting Group contra Obras Especiales - Obresca. Laudo de 5 de mayo de 2016. Árbitros: Hernán Fabio López, Juan Carlos Henao y Luis Hernando Parra Nieto.

¹⁸⁵ Cubides Camacho, Jorge. *Los deberes de la buena fe contractual* en obra colectiva: *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XII*, Tomo IV. Ed., Temis & Pontificia Universidad Javeriana. (2010). p. 255.

¹⁸⁶ Chinchilla Imbett, Carlos Alberto. *El deber de información contractual y sus límites*. Revista de Derecho Privado No. 21. Universidad Externado de Colombia. (2011). p. 332.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

la información sea veraz y dé cuenta de los distintos aspectos involucrados en la relación contractual.

Ahora bien, la obligación de información no confiere al acreedor un derecho absoluto ni puede dar lugar a un ejercicio abusivo en cuanto a la reclamación de su cumplimiento. En ese contexto, un amplio sector de la doctrina ha fijado algunos criterios, también derivados de la buena fe, que limitan esta obligación, dentro de los que se encuentran la diligencia de quien requiere la información, la prohibición del abuso del derecho a solicitarla, el derecho de reserva y la imposibilidad. El primero de los límites señalados implica que el acreedor no puede adoptar un comportamiento pasivo, sino que tiene el deber de auto informarse conforme a las cargas de sagacidad y conocimiento que el ordenamiento jurídico le impone¹⁸⁷. En segundo lugar, la prohibición del abuso del derecho supone que, en cada caso, la solicitud de información debe atender a la finalidad perseguida con la prerrogativa en cuestión, por lo que no podrá pretenderse información que no se requiere, porque el destinatario ya la conoce o porque es irrelevante para el negocio; o información que viola el derecho a la intimidad de la contraparte; o que trasgrede el secreto profesional. Asimismo, un tercer límite se encuentra en información que se encuentra sujeta a reserva, dados los perjuicios que su revelación pueda generar. Y, finalmente, no puede solicitarse información que el deudor no posea o que exceda las previsiones ordinarias relativas al contrato.

b. La obligación de información a cargo de GTECH en el marco del Contrato de Concesión No. 887 de 2011

La cláusula sobre la que la Convocante sustenta su pretensión de declarar el incumplimiento grave de la obligación de información a cargo de la Convocada (pretensión 4.1.14), es del siguiente tenor:

"SEXTA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO: EL CONCESIONARIO, además de las obligaciones especiales contenidas en el presente contrato, y demás normas aplicables, se obliga a:

¹⁸⁷ "El sujeto negocial debe ser cauto, previsorio, cuidadoso, en una palabra, sagaz... quien dispone de sus intereses debe prever, mirar al futuro y contemplar las más de las vicisitudes por las que puede pasar su regulación y, en consecuencia, precaverse contra los trastornos eventuales, ajustando el contenido del negocio a esa previsión y haciéndolo inconfundible". Hineyrosa Forero, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II. Vol. I*. Ed. Universidad Externado de Colombia. (2015). p. 392.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"(...)

"r. Atender oportunamente todos los requerimientos que el INTERVENTOR designado por ETESA EN LIQUIDACIÓN haga, relacionadas con aspectos contables, técnicos, comerciales y de sistema, tendientes a obtener los mejores resultados económicos del sistema de acuerdo a lo establecido por la Ley 80 de 1993."

Una primera lectura de la cláusula citada indica que la obligación a la que se hace referencia es la de dar cumplimiento a los requerimientos de información del Interventor, relativos a aspectos contables, técnicos, comerciales y de sistema, tendientes a obtener los mejores resultados económicos de conformidad con las reglas de la contratación pública. En este sentido, si bien es una obligación contemplada en el Contrato de Concesión No. 887 de 2011, el acreedor de la información a la que se refiere este literal de la cláusula sexta es el Interventor que, en ejercicio de sus facultades de vigilancia de la ejecución contractual, puede requerir al contratista para que suministre determinada información que dé cuenta de su gestión y del estado del contrato, con el fin de verificar su cumplimiento. En segundo lugar, la información que puede solicitarse está limitada a los siguientes aspectos: contables, técnicos, comerciales y de sistema. Y, por último, se orienta a una finalidad específica que es obtener los mejores resultados económicos del sistema.

En consecuencia, encuentra el Tribunal que la pretensión 4.1.14 de la demanda principal no estaría llamada prosperar en lo que respecta al grave incumplimiento del literal r de la cláusula sexta con fundamento en la sistemática negativa a atender los requerimientos de información formulados por COLJUEGOS, toda vez que la cláusula faculta exclusivamente al Interventor a requerir información sobre aspectos contables, técnicos, económicos y de sistema. En estos términos, la negativa a suministrar información directamente a COLJUEGOS, por requerimientos que esta última haya formulado, no configuraría un incumplimiento del literal r de la cláusula sexta del Contrato.

Ahora bien, establecido el alcance de la obligación de información que se invoca como incumplida, procede el Tribunal a analizar las solicitudes elevadas por el Interventor del Contrato para definir si, en efecto, cumplen con la finalidad

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

contractual y si el contratista se abstuvo de dar respuesta a los requerimientos que se le realizaron.

Previo el estudio del material probatorio que obra en el expediente, es importante señalar que el ejercicio de estas funciones de control y vigilancia puede compartirse con el Interventor del contrato, si lo hay. Ciertamente, el Interventor ejerce funciones también de vigilancia y control de la actividad contractual, como lo ha señalado el Consejo de Estado:

"(...) la interventoría en los contratos estatales comprende todas aquellas actividades que, en representación de la entidad contratante, realiza una persona, natural o jurídica, con el fin de vigilar o inspeccionar, controlar, verificar y colaborar en la ejecución de los contratos o convenios, para lo cual debe prestar asesoría y apoyo tanto a la entidad como al contratista. Se trata de una exigencia establecida en el ordenamiento jurídico, que tiene el propósito de asegurar el cumplimiento del objeto de los contratos estatales, en defensa de los fines de la contratación pública, para la satisfacción de los intereses generales y de las necesidades básicas de la colectividad.

"El interventor debe velar porque se cumplan las especificaciones técnicas del objeto del contrato al que deba hacerse la interventoría, al igual que las actividades o acciones administrativas, legales, financieras y presupuestales a cargo del contratista llamado a cumplir con dicho objeto e, igualmente, debe realizar un acompañamiento directo al contratista para asegurar la adecuada y total ejecución del contrato."¹⁸⁸

Como corolario de lo anterior, es posible afirmar que la vigilancia de la actividad contractual puede ser ejercida por un tercero distinto a las partes del contrato, quien actuará en representación de la entidad contratante y deberá velar por la correcta ejecución de las obligaciones. Así también lo dispone el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, conforma al cual:

¹⁸⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 29 de octubre de 2018. Rad. 38.098. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

"La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

"La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

"Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

"El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal."

La ley distingue entonces las actividades de supervisión, que pueden ser adelantadas directamente por la entidad contratante y que se dirigen al seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico del cumplimiento del objeto del contrato, pero que no necesariamente requieren conocimientos especializados. Por el contrario, la interventoría es un seguimiento técnico que tiene lugar cuando el contrato suponga conocimientos

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

especializados o la complejidad de la materia lo justifique. La existencia de un interventor que desempeñe estas labores de seguimiento no supone, en todo caso, que la entidad contratante pierda la facultad de igualmente vigilar el contrato y de verificar su cumplimiento, pero implica que será una persona ajena a las partes la que las ejerza de manera principal. Por esta razón, el literal k) de la cláusula sexta del Contrato debe entenderse en armonía con la cláusula novena en la que se estipuló:

"NOVENA: INTERVENTORIA: ETESA EN LIQUIDACIÓN, designará la interventoría del contrato. Además de las funciones, deberes, facultades y responsabilidades previstas por la Ley, el Interventor tendrá a su cargo la vigilancia e inspección de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO. (...)"

En este sentido, la Interventoría está facultada para requerir información del contratista y vigilar el cumplimiento del Contrato.

En el hecho 5.4.4.12 de la demanda principal, la Convocante señala que el 11 de septiembre de 2014, el Interventor del contrato presentó una comunicación a GTECH en la que insistió en la solicitud de información. La comunicación a la que se hace referencia se identifica con el número 44011-03-5507-14 y con el radicado de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de COLJUEGOS No. 20144300362172, dirigida por BDO (Interventor) a la representante legal de GTECH S.A.S., y su contenido es el siguiente:

"Respetada Doctora María Clara:

"De acuerdo a lo estipulado en el contrato No. 887 de 2011 suscrito entre GTECH S.A.S. y COLJUEGOS, el cual contempla en su Cláusula Sexta: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO literal r) Atender oportunamente todos los requerimientos que el Interventor designado por COLJUEGOS haga, relacionado con aspectos contables, técnicos, comerciales y de sistemas, tendientes a obtener los mejores resultados económicos de acuerdo a lo establecido por la Ley 80 de 1993;

"Reiteramos la siguiente solicitud, la cual se radicó en sus instalaciones el día 14 de agosto, bajo el número BC-8620.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"1. Información donde se evidencie para la concesión 887 de 2011 el histórico relacionado con el uso de la red de COLJUEGOS en otros servicios comerciales y otros juegos de suerte y azar diferentes a Baloto Revancha, tales como:

- Pagos recibidos por estos conceptos «otros servicios comerciales»*
- Pagos recibidos por otros conceptos «otros juegos de suerte y azar»*
- Identificación de contratistas*
- Estudios del mercado realizados por el operador*
- Detalle e identificación de los servicios comerciales y juegos de suerte y azar*
- Número de terminales en las que se venden estos «otros servicios», ubicación por ciudad y valores*
- Tratamiento y uso de la marca por parte de terceros en estos «otros servicios»*

"(...)

"La no respuesta a esta comunicación se entenderá como un incumplimiento al literal r) de la Cláusula Sexta del contrato 887, por lo cual se le comunicará a COLJUEGOS para que inicie el proceso sancionatorio pertinente."¹⁸⁹

En el escrito de contestación de la demanda, la Convocada manifestó que dio respuesta a la comunicación citada el 19 de septiembre de 2014. En efecto, en comunicación identificada con el número GG-1092-14, GTECH manifestó:

"Bogotá, 19 de septiembre de 2014

*"Doctora
ARALY PELAYO ORTIZ
Gerente de Proyecto
Interventoría delegada por parte de Coljuegos
Ciudad.*

¹⁸⁹ Cuaderno de Pruebas No. 3. Folio 345 (415).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"Referencia: Solicitud de información Oficio No. 44011-03-5507-14 del 11 de septiembre de 2014.

"Estimada Doctora Pelayo:

"En primera medida ofrecemos disculpas por la demora en la respuesta del requerimiento inicial de la referencia, el que fue realizado por esta interventoría a esta sociedad con fecha 14 de agosto de 2014, bajo el número BC-8620. En consecuencia, a continuación damos respuesta a su requerimiento de información en el mismo orden en el que fue planteado.

"(...)

"1. A los puntos primero, segundo y tercero (...). Como hubiera sido informado en oportunidad anterior a esa interventoría y a Coljuegos, existe un contrato de arrendamiento de capacidad de infraestructura celebrado entre GTECH S.A.S. y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIO, el cual tiene por objeto el siguiente:

"(...)

"Con el fin de permitir a esta interventoría un conocimiento integral del contrato referido, adjunto a esta comunicación copia simple del mismo y de sus anexos.

"(...)

"2. Al punto cuatro (...) nos permitimos manifestar que para tal fin adjuntamos CD que contiene el último estudio realizado sobre la percepción de los consumidores de la red comercial.

"3. Respecto del punto quinto (...) les informamos que a través del sistema es procesada información que permite la comercialización de lo que hemos denominado como Servicios Comerciales y otros Juegos, conceptos que tienen el alcance que se describe en la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Cláusula Primera del contrato de arrendamiento de capacidad de infraestructura celebrado entre GTECH S.A.S. y GTECH FOREIGN HOLDINGS CORPORATION SUCURSAL COLOMBIA.

"(...)

"4. En relación con el punto sexto, me permito informar lo siguientes: (...)

"(i) El 18 de septiembre de 2014, bajo número GG-17069-14, entregamos a ustedes un listado de terminales instaladas y ciudad de ubicación, entre otra información.

"(ii) En relación con los resultados financieros de GTECH COLOMBIA LTDA, cuya actividad principal es la comercialización de servicios comerciales, adjuntamos a ustedes con esta comunicación, ejemplar completo de los estados financieros de la referida sociedad con corte a 31 de diciembre de 2013.

"5. Respecto del punto séptimo (...) nos permitimos informar que la publicidad de Baloto que contrata GTECH S.A.S. se hace a través de diferentes proveedores de los cuales relacionamos mensualmente en el reporte solicitado por ustedes y de quienes en días pasados enviamos copias de las facturas para el mes de julio y de agosto del presente año. (...)."¹⁹⁰

De la valoración de las pruebas precedentes se colige con claridad que GTECH no incumplió el literal r) de la cláusula sexta del Contrato en lo que respecta a los requerimientos de información por parte de la Interventoría, puesto que la comunicación sobre la que fundamenta su reclamación la Convocante fue efectivamente atendida y la respuesta fue completa en el sentido de indicar punto por punto lo que se requería y de suministrar los anexos necesarios.

Igualmente, como lo señaló la Convocada en la excepción de mérito denominada "5. IGT-SAS cumplió con el deber de información conforme fue previsto en el Contrato de Concesión 887 de 2011", se encuentra acreditado

¹⁹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 10. Folios 83-85.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

que, respecto de los requerimientos de la Interventoría, se dio cumplimiento en los siguientes términos:

Requerimiento del 25 de julio de 2012. Rad. 4484-12.	Comunicación GG-13779-12 de 1° de agosto de 2012.	Cuaderno de pruebas No. 4. Folios 411-412.	La Interventoría requirió copia de las autorizaciones emitidas por COJUEGOS a GTECH para realizar ventas de otros juegos de suerte y azar. GTECH dio respuesta remitiéndose al clausulado del Contrato en el que consta la autorización requerida y al Acta de Inicio en la que se reiteró la autorización.
Requerimiento de 13 de junio de 2013. Rad. 3713-13.	Comunicación GG-15192-13 del 5 de julio de 2013.	Cuaderno de pruebas No. 4. Folios 455-458.	La Interventoría requirió el listado de las terminales instaladas a 31 de mayo de 2013, el procedimiento para dar de baja las terminales ubicadas en los puntos de venta, las terminales dadas de baja desde 18 de abril de 2012, el procedimiento para la adjudicación de los puntos de venta, copia de los soportes de solicitudes de instalación de puntos de venta de marzo de 2013, el procedimiento utilizado para el mantenimiento y reparación de las terminales punto de venta, el procedimiento

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

			<p>para el mantenimiento y reparación de las máquinas baloteras, el procedimiento para el mantenimiento y la reparación de nodos, los soportes de gestión ante la SIC, copia del contrato de colaboración empresarial con los distribuidores del juego y copia del contrato de colaboración celebrado con Gelsa.</p> <p>El 5 de julio de 2013, GTECH dio respuesta a cada interrogante y adjuntó copia de los archivos solicitados.</p>
Requerimiento del 31 de enero de 2014. Rad. 735-14	Comunicaciones GG-15958 del 13 de febrero de 2017 y GG-16059-14 del 27 de febrero de 2014.	Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 525-532.	<p>El Interventor presentó un listado de 24 solicitudes de información para el periodo de 2013.</p> <p>En dos comunicaciones. GTECH dio respuesta a cada solicitud y adjuntó copia de los documentos correspondientes-</p>
Requerimiento del 3 de marzo de 2014. Rad. 1317-14.	Comunicaciones GG-16129-14 del 11 de marzo de 2014 y GG-16313-14 de 21 de marzo de 2014.	Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 534-539 (incluido el reverso).	<p>El Interventor formuló una solicitud de información de 24 ítems sobre el periodo comprendido entre el 1º y el 28 de febrero de 2014.</p> <p>Cada uno fue resuelto individualmente por GTECH y aportó los</p>

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

			documentos correspondientes de soporte.
Requerimiento del 1° de abril de 2014. Rad. 2037-14.	Comunicación GG-16290-14 del 11 de abril de 2014 y GG-16313-14 del 21 de abril de 2014.	Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 541-546 (incluido el reverso).	El Interventor formuló una solicitud de información de 24 ítems sobre el periodo comprendido entre el 1° y el 31 de marzo de 2014. Cada uno fue resuelto individualmente por GTECH y aportó los documentos correspondientes de soporte.
Requerimiento del 2 de mayo de 2014. Rad. 2731-14.	Comunicación GG-16437 de 15 de mayo de 2014.	Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 548-552 (incluido el reverso).	El Interventor formuló una solicitud de información de 24 ítems sobre el periodo comprendido entre el 1° y el 30 de abril de 2014. Cada uno fue resuelto individualmente por GTECH y aportó los documentos correspondientes de soporte.
Requerimiento del 3 de junio de 2014. Rad. 3392-14	Comunicaciones GG-16592-14 de 13 de junio de 2014 y GG-16621-14 de 18 de junio de 2014.	Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 554-560 (incluido el reverso).	El Interventor formuló una solicitud de información de 23 ítems sobre el periodo comprendido entre el 1° y el 31 de mayo de 2014. Cada uno fue resuelto individualmente por GTECH y aportó los documentos correspondientes de

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

			soporte.
Requerimiento del 1° de julio de 2014. Rad. 3932-14.	Comunicaciones GG-16764-14 de 15 de julio de 2014 y GG-16793-14 de 21 de julio de 2014.	Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 562-570 (incluido el reverso).	El Interventor formuló una solicitud de información de 25 ítems sobre el periodo comprendido entre el 1° y el 30 de junio de 2014. Cada uno fue resuelto individualmente por GTECH y aportó los documentos correspondientes de soporte.
Requerimiento del 1° de agosto de 2014. Rad. 4678-14.	Comunicaciones GG-16911-14 y GG-19936-14 de 22 de agosto de 2014.	Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 572-578 (incluido el reverso).	El Interventor formuló una solicitud de información de 25 ítems sobre el periodo comprendido entre el 1° y el 31 de julio de 2014. Cada uno fue resuelto individualmente por GTECH y aportó los documentos correspondientes de soporte
Requerimiento del 1° de septiembre de 2014. Rad. 5232-14.	Comunicaciones GG-17069 del 16 de septiembre de 2014 y GG-17109-14 del 26 de septiembre de 2014.	Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 580-586.	El Interventor formuló una solicitud de información de 26 ítems sobre el periodo comprendido entre el 1° y el 31 de agosto de 2014. Cada uno fue resuelto individualmente por GTECH y aportó los documentos correspondientes de soporte

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

Ahora bien, en la pretensión 4.1.15, la Convocante solicita que se declare que el incumplimiento grave del deber de información sobre el uso del Sistema para actividades diferentes a la operación y explotación del BALOTO, ha impedido a COLJUEGOS ejercer adecuadamente la labor de inspección, vigilancia y seguimiento que le competen sobre un bien de propiedad del Estado. Destaca el Tribunal que esta pretensión no se circunscribe al incumplimiento del literal r) de la cláusula sexta del Contrato, sino a los requerimientos de información de COLJUEGOS en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia del contrato, por lo que procede este panel arbitral a verificar el alcance de dicha prerrogativa y si en efecto hubo un incumplimiento por parte de la Convocada. Esta pretensión la fundamenta en el hecho 5.4.4.13, en el que sostiene que el Consejo de Estado rindió concepto sobre el contrato 113-99, y allí, al definir el contrato de concesión, indicó que la Ley 80 de 1993 señala que las actividades necesarias para la adecuada explotación del bien se efectúan bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente.

Al respecto, encuentra el Tribunal que en literal k) de la cláusula sexta del contrato, sobre obligaciones del contratista, se pactó lo siguiente:

"k. Permitir la inspección administrativa y de sus libros de contabilidad por parte del personal que señale la CONCEDENTE y suministrar la información que ésta requiera para el control de las apuestas, ETESA EN LIQUIDACIÓN podrá ingresar a todas las dependencias del CONCESIONARIO a fin de revisar la ejecución del contrato y el cumplimiento de las normas legales".

En virtud de la cláusula citada, la entidad concedente se reservó el derecho de inspeccionar tanto las instalaciones físicas como los libros de contabilidad del concesionario, y de requerir información para el control de las apuestas, todo esto con el fin de revisar la ejecución del contrato y el cumplimiento de las disposiciones legales.

Sobre el particular, el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80, que define el contrato de concesión, prescribe que la explotación o gestión del servicio se da por cuenta y riesgo del concesionario, pero bajo la vigilancia y control de la entidad concedente. Así, en el marco de un contrato estatal en virtud del cual una entidad pública le concede a un tercero la explotación de un bien del Estado, aquella conserva la facultad de vigilar y controlar la correcta ejecución

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

de lo pactado. En similar sentido, el numeral 1° del artículo 14 de la Ley 80 señala que para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia de la ejecución del contrato.

Por su parte, el artículo 43 de la Ley 643 de 2001 prescribe lo siguiente:

"ARTICULO 43. FACULTADES DE FISCALIZACION SOBRE DERECHOS DE EXPLOTACION. Las empresas, sociedades o entidades públicas administradoras del monopolio de juegos de suerte y azar tienen amplias facultades de fiscalización para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones a cargo de los concesionarios o destinatarios de autorizaciones para operar juegos de suerte y azar. Para tal efecto podrán:

"a) Verificar la exactitud de las liquidaciones de los derechos de explotación presentadas por los concesionarios o autorizados;

"b) Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para establecer la ocurrencia de hechos u omisiones que causen evasión de los derechos de explotación;

"c) Citar o requerir a los concesionarios o autorizados para que rindan informes o contesten interrogatorios;

"d) Exigir del concesionario, autorizado, o de terceros, la presentación de documentos que registren sus operaciones. Todos están obligados a llevar libros de contabilidad;

"e) Ordenar la exhibición y examen parcial de libros, comprobantes y documentos, tanto del concesionario o autorizado, como de terceros, legalmente obligados a llevar contabilidad;

"f) Efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta fiscalización y oportuna liquidación y pago de los derechos de explotación."

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

De lo expuesto hasta aquí se desprende que la entidad contratante tiene tanto la prerrogativa como el deber de vigilar y controlar la gestión contractual del contratista, y para cumplir con esta carga puede contratar a un tercero que ejerza la Interventoría del contrato y colabore con la administración en su vigilancia, sin que ello suponga vaciar de contenido la facultad de la entidad pública, que en todo caso podrá igualmente requerir información y verificar directamente el cumplimiento de lo pactado, especialmente en ejercicio de la facultad de fiscalización sobre los derechos de explotación. En consecuencia, COLJUEGOS conservaba la facultad de exigir información al contratista, no en virtud del literal r) de la cláusula sexta, sino de lo dispuesto en las normas que regulan este tipo de contratos y del literal k) de la cláusula sexta del contrato.

En ejercicio de las prerrogativas contractuales reseñadas, COLJUEGOS solicitó información a GTECH en distintas oportunidades, particularmente las siguientes que fueron invocadas en los hechos de la demanda: (i) comunicación de 12 de marzo de 2014, de radicado 20145000095761¹⁹¹, mediante la que solicitó la información relacionada con los ingresos obtenidos de la comercialización de juegos de suerte y azar diferentes a BALOTO y de otros servicios comerciales que operen en la red; (ii) comunicación de 3 de mayo de 2013¹⁹², en la que solicitó información sobre los acuerdos suscritos con algunos socios comerciales para el uso comercial del Sistema, que corresponden a Falabella, Codensa, Comcel, y Direct TV; y (iii) una comunicación en la que no referencia fecha, en la que COLJUEGOS insistió en la solicitud de información respecto de cada uno de los juegos de azar y los servicios se comercializan a través del Sistema.

Respecto de la primera de las comunicaciones, GTECH dio respuesta en escrito número GG-16251-14 de 7 de abril de 2014¹⁹³, en el que manifestó que el derecho de fiscalización no recae sobre terceros ajenos a la actividad contractual, de manera que no puede solicitar la información contable sobre sociedades como Gtech Foreign Holdings Corporation Sucursal Colombia, Gtech Colombia Ltda y Gtech Comunicaciones Limitadas. Sin embargo, aportó copia de los estados financieros de estas sociedades, correspondientes a los años 2012 y 2013, al tratarse de información pública registrada ante la Superintendencia de Sociedades. Frente a la comunicación de 3 de mayo de

¹⁹¹ Cuaderno de Pruebas No. 3. Folio 337.

¹⁹² Cuaderno de Pruebas No. 3. Folio 266.

¹⁹³ Cuaderno de Pruebas No. 3. Folios 288-290.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

2013, en escrito de 14 de mayo de ese mismo año¹⁹⁴, GTECH se pronunció sobre el concepto rendido por la Oficina Asesora Jurídica de COLJUEGOS y, adicionalmente, manifestó que los contratos mencionados no han sido suscritos por GTECH S.A.S., por lo que no era posible suministrarlos.

Concluye el Tribunal que la Convocada cumplió formalmente con la obligación de información derivada del Contrato de Concesión No. 887 de 2011, conforme a la valoración probatoria de las comunicaciones cruzadas invocadas en la demanda principal y su contestación, como se expresa en el cuadro siguiente:

ESPACIO EN BLANCO

¹⁹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 3. Folios 267-280.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

REQUERIMIENTO DE COLJUEGOS	RESPUESTA	PRUEBA	SÍNTESIS DE LOS DOCUMENTOS
Requerimiento del 11 de abril de 2013. Rad. 20134100078331.	Comunicación del 19 de abril de 2013. Rad, 20132160109462.	Cuaderno de Pruebas No. 3. Folios 257 (327) – 259 (329).	<p>La Convocante solicitó información sobre el uso de la red Baloto, con el fin de acordar una remuneración para el uso del Sistema para otros juegos de suerte y azar. La información solicitada se refería a compartir los argumentos o los estudios en que la Convocada soporta el 7% expresado en reuniones del 21 de marzo de 2013.</p> <p>La Convocada dio respuesta a esta solicitud, en la que explicó por qué consideró la posibilidad de pactar como remuneración por el uso de Sistema, el 7% del ingreso neto. Señaló que los parámetros para la fijación de la remuneración debían ser los mismos que se han tenido en cuenta a lo largo de toda la concesión para la explotación del Baloto, que corresponden a parámetros de mercado para situaciones comparables. Así, el 7% surge de los ingresos que se han utilizado en los</p>

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

			contratos de concesión de Baloto anteriores y del Anexo Técnico del pliego de condiciones expedido por ETESA.
Requerimiento del 3 de mayo de 2013. Rad. 20131200036861.	Comunicación GG-146965-13 de 14 de mayo de 2013 y Comunicación GG-15101-13 de 18 de junio de 2013.	Cuaderno de Pruebas No. 3. Folios 266 (336) – 280 (350) y 253-256.	<p>En comunicación de 3 de mayo de 2013, COLJUEGOS remitió el concepto rendido por la Oficina Asesora Jurídica de la entidad sobre las condiciones económicas del uso comercial del Sistema, y con el fin de avanzar en la negociación sobre la remuneración por el uso comercial del Sistema, solicita que se envíen acuerdos los acuerdos suscritos con socios comerciales de GTECH como Codena, Falabella, Comcel, Direct TV, entre otros, y cualquier información que resulte relevante para conocer en detalle la operación.</p> <p>En comunicación de 14 de mayo de 2013, la Convocada se pronunció sobre el concepto rendido por la Oficina Asesora Jurídica de COLJUEGOS y frente a los acuerdos comerciales solicitados, manifestó que no habían sido suscritos por GTECH y,</p>

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

			<p>en consecuencia, no era posible entregar copia de los mismos.</p> <p>Asimismo, en escrito de 18 de junio de 2013 señaló que, desde la suscripción del Acta de Inicio, GTECH manifestó que todos los contratos existentes relacionados con otros servicios se habían suscrito con Gtech Foreign Holdings Corporation Sucursal Colombia.</p>
Requerimiento de 18 de julio de 2013. Rad. 20135100174371.	Comunicación FIN-15247-2013 de 19 de julio de 2013.	Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 364 y reverso.	<p>Mediante comunicación de 18 de julio de 2013, COLJUEGOS solicitó los estados financieros de los años 2011 y 2012 con el fin de actualizar la información.</p> <p>GTECH remitió los estados financieros solicitados mediante comunicación de 19 de julio de 2013.</p>
Requerimiento de 9 de agosto de 2013. Rad- 20135100198471.	Comunicación GG-15344-13 de 26 de agosto de 2013.	Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 370 y reverso.	<p>COLJUEGOS requiere copia de los contratos suscritos por GTECH con los proveedores que suministran el servicio de transmisión de información asociada a ventas, la copia de los contratos con compañías que agrupan varios puntos de venta y copia del</p>

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

			<p>contrato con el proveedor que aloja el centro de cómputo alternativo en Siberia-Cundinamarca.</p> <p>Mediante comunicación de 26 de agosto de 2013, GTECH informó que se encontraba valorando el alcance de la solicitud.</p>
<p>Requerimiento de 25 de septiembre de 2013. Rad. 20135100245481.</p>	<p>Respuesta FI-15487-13 de 3 de octubre de 2013.</p>	<p>Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 377 y reverso.</p>	<p>COLJUEGOS requiere los estados financieros básicos comparativos con corte a 30 de junio de 2013, las notas a los estados financieros, el dictamen a los estados financieros y la copia de la declaración de renta del periodo gravable del año anterior.</p> <p>GTECH manifestó que estatutariamente sólo está obligada a producir estados financieros con corte a 31 de diciembre de cada año, por lo que considera que no es posible aportarlos. Respecto de la declaración de renta, remite copia.</p>
<p>Requerimiento de 5 de febrero de 2014. Rad. 20145100047701.</p>	<p>Respuesta de 11 de febrero de 2014.</p>	<p>Cuaderno de pruebas No. 4. Folios 379 y 381 y reverso.</p>	<p>Mediante comunicación de 5 de febrero de 2014, COLJUEGOS solicitó el balance de prueba a nivel de cuenta auxiliar de 2011 y 2012 en el</p>

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

			<p>que se reflejen los gastos del porcentaje del 8% de la ecuación del juego Baloto y Revancha, previsto en el contrato como fastos de operación. Igualmente requiere realizar auditoria financiera los días 18, 19, 20 y 21 de febrero de 2014. Finalmente, solicita información sobre las actividades que realiza directamente GTECH y las que adelantan otras compañías.</p> <p>GTECH dio respuesta en el sentido de solicitar un cambio en las fechas debido a que debía atender una auditoría externa y una actividad empresarial de planeación estratégica. Respecto a la información solicitada, reiteró que no prepara estados financieros sino con corte a 31 de diciembre y señaló que en oportunidades anteriores ya había suministrado copia del contrato suscrito el 1º de julio de 2012 con la sociedad Gtech Foreign para la prestación de servicios de Back-Office y otros.</p>
Requerimiento de 12 de marzo de 2014.	Comunicación GG-16251-14 de	Cuaderno de	Mediante comunicación de 12 de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Rad. 20145000095761.	7 de abril de 2014.	Pruebas No. 3. Folio 337 (407) Cuaderno de Pruebas No. 3. Folios 288 (358) – 290 (360).	marzo de 2014, COLJUEGOS, con el propósito de establecer los ingresos derivados del uso de la red, solicitó la información relacionada con los ingresos obtenidos por la comercialización de juegos de suerte y azar diferentes a Baloto, así como por la prestación de otros servicios comerciales. Si la actividad es realizada por terceros, solicita los estados financieros comparativos de esos terceros. En comunicación de 7 de abril de 2014, la Convocada manifestó que las actividades de fiscalización tienen por objeto controlar y vigilar a los concesionarios respecto de los derechos de explotación del juego correspondiente, pero no se extiende a terceros. Por esta razón, considera que no es posible exigir información contable y confidencial de personas jurídicas independientes al contratista. Sin embargo, se adjuntó a la comunicación la
-------------------------	------------------------	--	--

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

			<p>copia de los estados financieros auditados de las sociedades Gtech Foreign Holdings Corporation Sucursal Colombia, Gtech Colombia Ltda. y Gtech Comunicaciones Ltda., para los años 2012 y 2013, en la medida en que se trata de información pública registrada ante la Superintendencia de Sociedades.</p>
<p>Requerimiento del 25 de junio de 2014. Rad. 2014500039511 y de 2 de julio de 2014. Rad. 20145100231501.</p>	<p>Respuesta de 11 de julio de 2014.</p>	<p>Cuaderno de Pruebas No. 6. Folios 568-569 y 561-565.</p> <p>Cuaderno de Pruebas No. 4. Folio. 383.</p>	<p>COLJUEGOS solicitó información respecto de los juegos de suerte y azar, diferente de Baloto, que operan a través del Sistema y los servicios que se comercializan. En concreto, solicitó el análisis realizado por GTECH en el que se verifica qué juego es susceptible de ser comercializado, el periodo durante el que se lleva comercializando cada juego y los ingresos brutos recibidos por dicha operación y la comercialización de servicios.</p> <p>En su respuesta, GTECH, con referencia a comunicaciones anteriores, manifestó que no explota ni comercializa otros</p>

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

		juegos o servicios a través del Sistema, sino que son comercializados por otras compañías. Sin embargo, adjuntó el cronograma de entrada en operación y explotación de los otros juegos de suerte y azar y de los servicios comerciales que actualmente operan en el Sistema, que entraron en operación entre 2001 y 2010, en vigencia de otro contrato de concesión. Respecto de los ingresos brutos mensuales recibidos por la comercialización de otros juegos y servicios comerciales, señala que no recibe ingreso alguno porque no es quien los opera al haber celebrado contratos de arrendamiento de capacidad de infraestructura con otras sociedades. Manifiesta que contrató un estudio independiente para determinar el valor de la compensación por el uso del sistema, que arrojó como resultado que el valor que recibe GTECH como contraprestación es un canon de arrendamiento mundial
--	--	---

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

			del orden de \$29.499.639, que incluye un margen del 11% para GTECH y el IVA correspondiente.
Requerimiento de 8 de julio de 2014. Rad.20142180043591.	Respuesta de 1 de julio de 2014. Comunicación GG-16795-14.	Cuaderno de Pruebas No. 3. Folios 291-292. Cuaderno de Pruebas No. 4. Folios 387-	En comunicación de 8 de julio de 2014, COLJUEGOS convocó a GTECH a una reunión para escuchar la propuesta sobre la remuneración por usos adicionales del Sistema. En respuesta de 21 de julio de 2014, GTECH se refirió a la reunión de 14 de julio de 2014 en la que presentó la metodología adoptada para determinar la remuneración por el uso parcial de la capacidad del Sistema para la operación y explotación de juegos diferentes al Baloto y por servicios comerciales. Aportó con la comunicación una propuesta forma sobre la forma en que debe determinarse el valor mensual a reconocer a favor de COLJUEGOS.
Requerimiento de 3 de septiembre de 2014. Rad. 20145100315551.	Respuesta de 19 de septiembre de 2014. Comunicación GG-17080-14. Rad. 20144300374812.	Cuaderno de Pruebas No. 3. Folios 368 (438) – 370 (440) y 338	Mediante escrito de 3 de septiembre de 2014, COLJUEGOS presentó una propuesta de contraprestación por el uso del Sistema para otros juegos de suerte

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

		(408) – 342 (412)	<p>y azar y para servicios comerciales.</p> <p>En comunicación de 19 de septiembre de 2014, la Convocada dio respuesta en el sentido de manifestar que estaba en desacuerdo con la metodología planteada por COLJUEGOS sobre las sumas a pagar por la utilización del Sistema. Su inconformidad se encuentra en que considera que no está obligada a pagar valor alguno por la explotación de servicios comerciales, conforme a lo pactado en el contrato.</p>
--	--	----------------------	--

ESPACIO EN BLANCO

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

De lo anterior se desprende que, formalmente, GTECH dio respuesta a los requerimientos de información presentados por COLJUEGOS. En cuanto a su contenido, observa el Tribunal que GTECH aportó copia de los documentos a los que señala que tenía acceso, pero se abstuvo de suministrar alguna información argumentando que era de terceros y que, según manifestó, se encontraba sujeta a reserva. Esta información de terceros se relacionaba, principalmente, con los datos contables de las distintas empresas del grupo IGT y con los contratos suscritos que otorgaban derechos de uso del Sistema a personas distintas al concesionario.

Como se anunció en acápites precedentes, aunque se dio respuesta formal a los distintos requerimientos de información, encuentra el Tribunal que se inobservaron los postulados del deber de colaboración contractual que imponían entregar a la entidad concedente la información idónea y suficiente que le permitiera conocer el manejo que el concesionario estaba dando al Sistema y contar así con elementos de juicios para fijar la remuneración a la que tenía derecho.

Los datos y los documentos aportados por GTECH en cumplimiento de los requerimientos tanto del Interventor como de COLJUEGOS no permitían satisfacer efectivamente la finalidad para la cual fue pactada la obligación: permitir el control y la vigilancia de la ejecución del contrato para garantizar su cumplimiento, puesto que en las respuestas citadas se evidencia la reticencia de la convocada de aportar copia de los contratos que otras sociedades de su mismo grupo empresarial hubieran suscrito, relativos al sistema, información esta que era fundamental para conocer las operaciones que versaban sobre el Sistema entregado en concesión y poder determinar si el concesionario efectivamente estaba dando cumplimiento a sus obligaciones.

Sin embargo, la convocante solicita que se declare que el incumplimiento de la obligación de información fue grave como consecuencia de la *sistemática* negativa a atender los requerimientos formulados tanto por COLJUEGOS como por la interventoría. No obstante, de la valoración probatoria se concluye que el incumplimiento que pudiera advertirse no puede calificarse como sistemático, puesto que IGT GAMES siempre dio respuesta a los requerimientos y en varias oportunidades aportó los documentos que se le solicitaba. Así, comoquiera que

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

no puede declararse que hubo una negativa sistemática, tampoco se da la consecuencia pretendida por la convocante que es calificar ese incumplimiento como grave.

Por las razones expuestas, las pretensiones 4.1.14, 4.1.15 y 4.1.16 no prosperan, toda vez que se fundamentan en la gravedad el incumplimiento de IGT GAMES por la sistemática negativa a dar respuesta a los requerimientos de COLJUEGOS o del Interventor, y se acreditó que tal sistematicidad no se presentó. Por su parte, la excepción de mérito "5. IGT – SAS cumplió con el deber de información conforme fue previsto en el Contrato de Concesión 887 de 2011" también resulta improcedente, porque, se reitera, aunque no hubo un incumplimiento sistemático de la obligación de información, es claro que la información que la aquí convocada suministró no era sustancialmente idónea ni útil para satisfacer el interés de la contraparte y permitir el correcto desarrollo del Contrato en el que, se destaca, está involucrado el interés general.

2.2.4 PRETENSIONES DE CONDENA

La convocante propuso las pretensiones de condena que seguidamente se transcriben:

"4.2. De condena"

"4.2.1. Como consecuencia de la prosperidad de las declaraciones contenidas en las pretensiones 4.1.9 y 4.1.11., condénese a la concesionaria Gtech S.A.S. a pagar a Coljuegos por la utilización del SISTEMA de propiedad de la entidad estatal, para la operación de juegos de suerte y azar, durante el todo el tiempo de ejecución del contrato 887 de 2011, la suma doce mil seiscientos veinte (SIC) dos millones doscientos ochenta y ocho mil setecientos 12.622.288.700 o aquella a que tiene derecho conforme se determine por peritos.

"4.2.2. Como consecuencia de la prosperidad de las declaraciones contenidas en las pretensiones 4.1.10 y 4.1.12, condénese a la concesionaria Gtech S.A.S. a pagar a Coljuegos por la utilización del SISTEMA de propiedad de la entidad estatal, para la prestación de servicios comerciales durante el todo el tiempo de ejecución del contrato 887 de 2011, la suma de veintitrés mil ochocientos veintiséis millones setecientos once mil trescientos 23.826.711.300. o aquella a que tiene derecho conforme se determine por ellos.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"4.2.3. Las sumas a pagar a Coljuegos por los conceptos relacionados en las pretensiones de condena 4.2.1. y 4.2.2., deberán ser calculadas sobre todos los ingresos brutos producidos con ocasión de la explotación del SISTEMA, directamente por la concesionaria o por terceros autorizadas por ésta para tales actividades.

"4.2.4. Las sumas a pagar a Coljuegos conforme a las pretensiones de condena 4.2.1. y 4.2.2 deberán ser actualizadas desde su causación hasta la fecha del pago, en los términos del artículo 4 del ECAP.

"4.2.5. Dispóngase el pago de intereses moratorios sobre las sumas a que se refieren las pretensiones de condena 4.2.1. y 4.2.2, desde la fecha de causación hasta la del pago, a la tasa máxima permitida por el ECAP.

"4.2.6. Dispóngase que en caso de que se interponga recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda, deben pagarse en favor de la CONCEDENTE intereses moratorios sobre las sumas a las que el laudo condene, desde el día siguiente al término establecido en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, esto es, con independencia de la interposición de dicho recurso y por supuesto frente a su resolución favorable a la convocante.

"Pretensión subsidiaria de la anterior 4.2.6.

En caso de que se asuma que la ejecutoria del laudo solo se produce con la ejecutoria de la sentencia del Consejo de Estado que decida negativamente el recurso de anulación, dispóngase que la convocada debe pagar a favor de la CONCEDENTE intereses comerciales sobre las condenas impuestas en el laudo, a partir del día siguiente al término establecido en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, esto es con independencia de la interposición de dicho recurso.

"4.2.7. Condénese en costas a la parte demandada a favor de la convocante"

Efectuada por el Tribunal la valoración de los distintos dictámenes periciales rendidos y aportados dentro del proceso, en particular la pericia rendida por la sociedad JEGA, que fue solicitada por la parte convocada, de la que hubo solicitud de aclaraciones y complementaciones por las partes demandante y demandada, encuentra el Tribunal que esta pericia le permite al panel arbitral hacer unas precisiones conceptuales relevantes que estima útiles recapitular o mencionar en este punto del laudo, que fueron expresamente absueltas por el representante legal de la sociedad designada para adelantar la pericia contable,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

en audiencia celebrada el 4 de octubre de 2018, como que el volumen de información es amplio y admite varios mecanismos de extracción de información; que la sociedad demandada y las empresas que conforman su entorno empresarial no tienen la obligación de llevar contabilidad por centros de costos, esto es, por áreas o unidades de negocio de la entidad; así como que al atender unas preguntas específicas del Tribunal el perito señaló, entre otras consideraciones, que la metodología empleada en la pericia halla su fuente en registros contables, reitera que no se requiere contabilidad de costos ni que tampoco se trata del desarrollo de una variante de la denominada "contabilidad administrativa" y que, en adición, podría preverse como mandatoria si contractualmente así se prevé –lo que no acontece en el contrato analizado–; que el nivel utilizado de dígitos es admisible; que hay unos porcentajes aplicados en la contabilidad de la sociedad convocada que resultan objetivos y que son medulares para la determinación del Tribunal.

Previamente a la determinación de las cuantías que se señalan como condenas en desarrollo de las decisiones adoptadas atrás descritas y de la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal, el Tribunal estima indispensable, en primer lugar, recabar en que no tiene duda acerca de la existencia del derecho que le asiste a la entidad pública para la reclamación que ha realizado, en orden a obtener una indemnización que le compense el valor de la utilización de la infraestructura a la cual se contrae la controversia que se resuelve en el presente laudo; en segundo lugar que en ausencia de una regulación explícita en el contrato objeto de examen que halla su origen en diferentes razones, entre ellas omisión u olvido, a pesar de la necesidad de su consagración para la determinación del precio; en tercer lugar que acudiendo a un criterio objetivo de origen legal, como es la ley 643 de 2001, el Tribunal identifica que lo primero que esta ley –*"por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar"*– consagra son las condiciones de explotación de los juegos de suerte y azar, señalando las facultades para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar las modalidades de explotación de los juegos de suerte y azar, al tiempo que las condiciones en las cuales los particulares pueden explotarlos, con sujeción al respeto del interés público y social y con fines de arbitrio rentístico.

Para los efectos de la decisión que debe adoptarse en el presente laudo, el Tribunal toma como base el criterio legal de los ingresos brutos fijado para los derechos de explotación, es decir, para el monto de la compensación o remuneración que el concesionario debe pagarle al concedente, que se

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

encuentra señalado en el artículo 8 de la mencionada ley y que indica que debe tratarse de un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego¹⁹⁵.

Consecuencia de lo anterior, para los propósitos del Tribunal, se tiene que la explotación del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar se encuentra sujeta a las normas contenidas en la ley 643 de 2001, es decir, que tales normas comprenden cualquier orden o nivel del gobierno al cual pertenezca la dependencia o entidad que haya autorizado la actividad al operador; que con fundamento en tales normas la explotación del monopolio debe procurar rentabilidad por efecto del criterio de racionalidad en la explotación del monopolio rentístico; y que el concepto de ingresos brutos es decisivo para la determinación o fijación de las cuantías que el concedente debe pagar a título de compensación o indemnización.

Por lo demás, resultan útiles de manera puntual los siguientes elementos para el análisis de los contratos respecto de la contraprestación por beneficios colaterales derivados de la prestación de servicios comerciales, diferentes a Baloto y Revancha:

El contrato No. 117 -99 del 22 de diciembre de 1999 con duración de 10 años, indica que la utilización del Sistema para otros servicios o juegos que no sean de competencia de Ecosalud SA tenía una contraprestación del siete por ciento (7%) del total de los ingresos brutos obtenidos por el Contratista, por tales conceptos.

Los contratos N. 851 del 24 de diciembre de 2010 con duración de 15 meses y No. 887 del 13 de junio de 2011, examinado en el presente trámite arbitral, no indican el valor de la contraprestación por la prestación de servicios comerciales diferentes a Baloto y Revancha. Y tal es justamente la controversia sometida a decisión del Tribunal que pretende establecer el monto de la remuneración o contraprestación que, se repite, es de indiscutible existencia.

Al respecto resulta pertinente tener en cuenta que en comunicación de 14 de diciembre de 2011 suscrita por el liquidador de Etesa, en el cual expresa al

¹⁹⁵ **ARTICULO 8o. DERECHOS DE EXPLOTACION.** En aquellos casos en que los juegos de suerte y azar se operen por medio de terceros, mediante contrato de concesión o por autorización, la dependencia o entidad autorizada para la administración del respectivo juego del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, percibirá a título de derechos de explotación, un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego, salvo las excepciones que consagre la presente ley. (...) (Subraya del Tribunal).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

representante legal de Gtech Foreign Holdings Corporation Sucursal Colombia que:

"(...) esta Administración considera que es pertinente en lo relacionado con el cobro de la operación y explotación de otros juegos o servicios comerciales y demás servicios prestados por ese concesionario en el Sistema de propiedad de Etesa.

(...)

- Así mismo, en el desarrollo del contrato de concesión No. 117 de 1999, en los OTRO SI No. 6 y 7 suscritos el 16 de julio de 2004 y el 24 de agosto de 2006, respectivamente, las partes aquí involucradas **acordaron una contraprestación del siete por ciento (7%) de los ingresos brutos por la utilización del Sistema** en la venta de lotería en línea y los servicios comerciales que el operador realice a través de la misma.*

*"Además, tal como se expresó anteriormente, el origen de los conceptos referentes a gastos de administración y derechos de explotación por la operación de juegos de suerte y azar es de naturaleza legal, asimismo la **exigencia de sus porcentajes** y de ninguna manera su exigencia puede ser acomodaticia y su generación no puede de ejecución que los causan.*

"Lo anteriormente expuesto, permite establecer claramente que los gastos de administración no contienen la remuneración por los otros juegos u otros servicios comercializados por el operador a través del Sistema de propiedad de ETESA desde el 17 de enero de 2011 y, es claro para la entidad que ante las circunstancias antes presentadas resulta necesario la suscripción de una modificación contractual que corrija esta situación y restablezca los pagos que el operador venía efectuando a ETESA EN LIQUIDACIÓN antes de la firma del contrato 851 de 2010.

"Esta circunstancia también debe ser objeto de regulación contractual en el contrato de concesión No. 887 del 13 de junio de 2011, cuya iniciación se encuentra prevista a partir del 19 de abril de 2019¹⁹⁶

Se observa, igualmente, que en varios de los contratos en los que la entidad estatal titular del arbitrio rentístico del monopolio de los juegos de suerte y azar otorgó concesión o autorización a terceros para la explotación de esta actividad, y que se han relacionado en varios apartes de esta providencia, utilizó el porcentaje del siete por ciento (7%) sobre los ingresos brutos.

¹⁹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 3 folio 218 a 220.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Es del caso tener en cuenta que en los documentos previos preparatorios del contrato No. C-1379 del 1 de diciembre de 2016 se indicaba que el valor de la contraprestación por concepto de Beneficios Colaterales, que se describen como "*beneficios económicos diferentes a la explotación del juego*"¹⁹⁷, sería equivalente a doscientos sesenta y dos salarios mínimos legales (262 SMLMV) o al 7% sobre las ventas brutas, el guarismo que resultara mayor.

El contrato No. C-1379 del 1 de diciembre de 2016 con duración de cinco años fue suscrito como Concesionario por una persona jurídica diferente al Concesionario que suscribió el contrato No. 887 del 13 de junio de 2011, que es el examinado en el presente trámite arbitral, pero que pertenece a la organización IGT.

El contrato No. C-1379 del 1 de diciembre de 2016 señala, finalmente, que el valor de la contraprestación por concepto de Beneficios Colaterales, cuya descripción ya se hizo, es el equivalente a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (300 SMLMV) más IVA, los cuales serán pagados mensualmente.

Por tanto, hubo y hay diferentes formas de establecer la contraprestación por los beneficios colaterales de los contratos N. 117 – 99 del 22 de diciembre de 1999 y N. C – 1379 del 1 de diciembre de 2016, y para efectos de determinar el guarismo aplicable al contrato objeto de análisis que, se repite, le corresponde al concedente a pesar de la ausencia de regulación contractual por *omisión* u *olvido*, el Tribunal se ciñe a la base de ingresos brutos señalada por la ley para de ella deducir el monto respectivo, es decir, que carente de regulación contractual y siendo justamente su determinación causa de la contención, la

¹⁹⁷ Análisis del sector económico y de los oferentes, de fecha 26 de julio de 2016, emitido con ocasión del proceso de licitación pública para otorgar en concesión la implementación y operación del juego de suerte y azar de la modalidad novedoso denominado Loto en Línea, Baloto a nivel nacional por el término de cinco años. Página 408 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

"Durante el desarrollo del contrato, el concesionario podrá beneficiarse a favor del ofrecimiento de otros productos y servicios, por:

- el uso de la marca Baloto, propiedad de Coljuegos, para el ofrecimiento de otros productos y servicios en los términos establecidos en el manual de uso de marca definido por Coljuegos.
- El derecho de uso de los bienes propiedad de Coljuegos y entregados en concesión para el ofrecimiento de otros productos y servicios.

Teniendo en cuenta lo anterior se establece que el operador deberá pagar a Coljuegos o los beneficios colaterales obtenidos en la operación del juego ... "

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

base de referencia será la de los ingresos brutos prevista en la ley y analizada en el dictamen rendido por la sociedad JEGA.

Tal como previamente se indicó y con ocasión de la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de la Convocada, la excepción de cumplimiento de contrato y más aún en relación con la no inclusión de la totalidad de los ingresos brutos toda vez que como ya se indicó este parámetro en relación con lo previsto y lo dispuesto de manera imperativa por la ley, en lo que corresponde a los juegos de suerte y azar, tal como se pudo analizar previamente.

En lo que corresponde a las excepciones denominadas *"Inexistencia de daño"* y *"La fijación del monto a reconocer a la concedente por el uso del sistema para operar y explotar otros juegos de suerte y azar debe atender parámetros distintos a los tenidos en cuenta por la concedente"*, considera el Tribunal que las mismas carecen de la virtualidad de enervar las pretensiones analizadas en el presente capítulo en la medida que se trata de una partida de naturaleza indemnizatoria tal como se dispuso en la presente decisión y en lo que respecta a la segunda excepción acá enlistada, tal como se expuso por el Tribunal a partir de los antecedentes contractuales, se procederá a fijar la compensación solicitada en el valor correspondiente al 7% de los ingresos brutos relativos a los juegos de suerte y azar diferentes a Baloto, de los cuales se descontarán las cifras que corresponden a los valores que fueron discutidos en las aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial de Jegga Acounting House como derivados de contratos intercompañías, por valor de \$79.055.305.683. Igualmente, con ocasión del estudio que el Tribunal ha realizado de la pretensión quinta contenida en la demanda de reconvención, que se analiza más adelante, serán excluidos los ingresos correspondientes al juego SUPERASTRO.

VALOR DE LA REMUNERACIÓN POR VENTA DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR				
SOCIEDAD	CONCEPTO	PARCIAL	VALOR HISTÓRICO DE LAS VENTAS DE JUEGOS DE SUERTE Y AZAR	VALOR DE LA REMUNERACIÓN ACTUALIZADO CON IPC A ABRIL 8 DE 2019
IGT GAMES S.A.S.	Ingresos venta de Lotería	24.103.356.773	553.158.241	419.654.520,65
	Transmisión Datos Pagatodo (Chance - Gelsa)	35.238.006.371		

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

Por lo anterior el valor de la condena en lo que corresponde a la pretensión 4.2.1, en armonía con lo solicitado en la pretensión 4.2.3., aplicando el parámetro del 7% sobre las ventas brutas antes mencionado, asciende a un total de \$4.946.452.965, como indemnización compensatoria a favor de COLJUEGOS por el incumplimiento contractual de la convocada en relación con el uso del Sistema para la venta de otros juegos de suerte y azar.

En lo concerniente a las pretensiones de condena 4.2.2., y 4.2.3. el Tribunal, a diferencia de lo que ocurrió respecto del calculo de la compensación por el incumplimiento relacionado con la utilización del sistema para los otros juegos de suerte y azar, esto es, en relación con la utilización del sistema para los servicios comerciales, encuentra que no existe una disposición legal imperativa que regule o establezca la forma en la que la retribución correspondiente debe ser fijada por las partes, y ante la omisión que da lugar al presente trámite arbitral procederá a tener en cuenta el criterio que las partes acordaron contractualmente en el Contrato 1379 de 2016, en el cual fijaron en 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la remuneración correspondiente a los "beneficios colaterales" dentro de los cuales se encuentra la utilización del sistema para los servicios comerciales. Y con el fin de aplicar el principio de razonabilidad y tener en cuenta que respecto de los mismos se genera una compensación, procederá a calcular, a partir del dictamen pericial rendido por JEGA, cuál es el porcentaje que representan a partir de los ingresos brutos totales por la utilización del sistema para otros juegos de suerte y azar y para servicios comerciales, el que corresponde a los ingresos por servicios comerciales para efectos de realizar la fijación de la indemnización que es objeto de estudio por el Tribunal. El resultado arroja el porcentaje de 89.45 %, que se aplicará sobre el valor equivalente a 300 SMLMV, por el periodo de ejecución del contrato 887 de 2011, lo que arroja la suma de \$12.300.592.605.00, indexada a 8 de abril de 2019.

		VR 300 SMLMV EN 60 MESES	
IGT COLOMBIA	89.45 43 % de los 300 SMLMV	13.751.361.213	12.300.592.605.00

En relación con la pretensión 4.2.3., el Tribunal tuvo en cuenta para el cálculo anterior los ingresos brutos, con sujeción a lo previsto en las normas correspondientes, con ocasión de la explotación del Sistema, directamente por la concesionaria o por terceros autorizados por ésta.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

En relación con las pretensiones de condena 4.2.4 y 4.2.5 según las cuales las condenas deben ser actualizadas desde su causación hasta la fecha del pago, el Tribunal considera que los montos correspondientes deben ser debidamente actualizados por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, como en efecto se ha realizado, pero la causación de intereses moratorios sólo se dará a partir de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la providencia que cuantifica la prestación correspondiente. Por esta razón se dará prosperidad a la excepción propuesta por la convocada respecto de la causación de intereses moratorios.

En relación con la pretensión 4.2.6. que se orienta al señalamiento, a título de condena anticipada, de intereses moratorios en favor de la entidad pública concedente sobre las sumas a las cuales el laudo condene, en el evento de interponerse un recurso de anulación, el Tribunal la entiende como una pretensión con fundamento en una conjetura, asociada con una situación futurible, esto es, que puede darse si se da la condición de interponerse un recurso de anulación y al respecto resulta menester precisar que se trataría de anticipar una carga pecuniaria derivada de la opción de una prerrogativa legal consistente en la interposición de un recurso de anulación y, por tanto, impróspera.

Con idéntico razonamiento, el Tribunal aprecia también como no próspera la "pretensión subsidiaria de la anterior 4.2.6" que con similar orientación procura anticipar tal condena con el entendimiento de la ejecutoria de la sentencia del Consejo de Estado que decida negativamente el recurso de anulación.

2.3. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

Recuérdese que las pretensiones de la demanda de reconvención reformada son las siguientes:

"PRIMER GRUPO: PRETENSIONES PRINCIPALES.

PRIMERA: Declarar que IGT - SAS y COLJUEGOS no han llegado a un acuerdo sobre forma y cuantía para calcular "los gastos que por utilización de la Red" que aquella le debe pagar a COLJUEGOS por el ejercicio del derecho otorgado mediante el Contrato de Concesión 887 de 2011 a usar el Sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar diferentes a BALOTO.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

SEGUNDA: DECLARAR que en la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración que IGT-SAS debe reconocer y pagar a COLJUEGOS, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el Sistema por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, deben atenderse a parámetros reales de mercado para casos similares o análogos.

TERCERA: DECLARAR que en la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración que IGT-SAS debe reconocer y pagar a COLJUEGOS, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el Sistema por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, deben atenderse únicamente los elementos entregados que eran de propiedad de COLJUEGOS como integrantes del Sistema concesionado, en especial las 4.994 terminales.

CUARTA: DECLARAR que en la formula o parámetros para fijar la remuneración que IGT-SAS debe reconocer y pagar a COLJUEGOS, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el Sistema por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, deben tomarse en consideración los ingresos reales (ingresos por comisión por transacciones e ingresos con descuento de la comisión pagada al punto de venta (PDV)) percibidos por IGT-SAS y/o las otras sociedades IGT que usaron el Sistema, y no los ingresos brutos.

QUINTA: DECLARAR que en la formula o parámetros para fijar la remuneración que IGT-SAS debe reconocer y pagar a COLJUEGOS, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el Sistema por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, no debe ser tenida en cuenta la operación y explotación del juego de suerte y azar denominado "SUPERASTRO" porque la operación y explotación de este juego ya era remunerada por el concesionario, CORREDOR EMPRESARIAL S.A., y el mismo dejó de ser comercializado por IGT-SAS, a través del Sistema, desde el 24 de abril de 2015.

SEXTA: Con base en las declaraciones que se pronuncien sobre las tres pretensiones anteriores, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, y demás bases, parámetros o porcentajes que se sirva tomar en consideración para liquidar, fije el monto o valor de "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, o remuneración que IGT-SAS debe pagar a COLJUEGOS por el ejercicio del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

derecho a usar el Sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, calculados desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día 19 de abril de 2017, fecha en que terminó el Contrato.

SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRINCIPAL: Atendiendo a las declaraciones que se produzcan respecto a las pretensiones SEGUNDA TERCERA y CUARTA principales, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, establezca las demás bases, parámetros o porcentajes que deben tomarse en consideración para liquidar "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS o remuneración que IGT-SAS debe pagar a COLJUEGOS por el ejercicio del derecho a usar el Sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día 19 de abril de 2017, fecha en que terminó el Contrato, y fije la fórmula correspondiente.

SÉPTIMA: DECLARAR que IGT-SAS no está obligada a reconocer o pagar a COLJUEGOS por "los gastos que por utilización de la Red" por el ejercicio del derecho a usar el Sistema para la prestación de servicios comerciales, una suma adicional a la que paga por concepto de "VALOR DEL CONTRATO" fijado en la cláusula QUINTA del Contrato de Concesión 887 de 2011.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: DECLARAR que en la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración que IGT-SAS debe reconocer y pagar a COLJUEGOS, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el Sistema por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de servicios comerciales, deben atenderse a parámetros reales de mercado para casos similares o análogos.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: DECLARAR que en la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración que IGT-SAS debe reconocer y pagar a COLJUEGOS, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el Sistema por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de servicios comerciales, deben atenderse únicamente los elementos entregados que eran de propiedad de COLJUEGOS como integrantes del Sistema concesionado, en especial las 4.994 terminales.

TERCERA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: DECLARAR que en la fórmula o parámetros para fijar la remuneración que IGT-SAS debe

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

reconocer y pagar a COLJUEGOS, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el Sistema por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de servicios comerciales, deben tomarse en consideración los ingresos reales (ingresos por comisión por transacciones) percibidos por IGT-SAS y/o las otras sociedades IGT que usaron el Sistema, y no los ingresos brutos.

CUARTA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: Con base en las declaraciones que se pronuncien sobre las tres pretensiones anteriores, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, y demás bases, parámetros o porcentajes que se sirva tomar en consideración para liquidar, fije el monto o valor de "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, o remuneración que IGT-SAS debe pagar a COLJUEGOS por el ejercicio del derecho a usar el Sistema para la operación y explotación de servicios comerciales, calculados desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día 19 de abril de 2017, fecha en que terminó el Contrato.

SUBSIDIARIA DE LA CUARTA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL: Atendiendo a las declaraciones que se produzcan respecto a las pretensiones SEGUNDA TERCERA y CUARTA principales, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, establezca las demás bases, parámetros o porcentajes que deben tomarse en consideración para liquidar "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS o remuneración que IGT-SAS debe pagar a COLJUEGOS por el ejercicio del derecho a usar el Sistema para la operación y explotación de servicios comerciales, desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día 19 de abril de 2017, fecha en que terminó el Contrato, y fije la fórmula correspondiente.

OCTAVA: Condénese a COLJUEGOS al pago de las costas del proceso.

A. [S]EGUNDO GRUPO: PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DEL PRIMERO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES.

PRIMERA: Declarar que IGT - SAS y COLJUEGOS no han llegado a un acuerdo sobre forma y cuantía para calcular "los gastos que por utilización de la Red" que IGT - SAS le debe pagar a COLJUEGOS por el ejercicio del derecho otorgado mediante el Contrato de Concesión 887 de 2011 a usar el SISTEMA para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar diferentes a BALOTO.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

SEGUNDA: DECLARAR que en la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración que IGT - SAS debe reconocer y pagar a COLJUEGOS, por concepto de "gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, por el ejercicio directo o a través de terceros del derecho a usar el SISTEMA por el cual se opera el BALOTO para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, deben atenderse parámetros actuales del mercado, casos similares o análogos y los ingresos netos percibidos por IGT - SAS o los terceros que usan el sistema, limitándose a 4.994 terminales que forman parte del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS.

TERCERA: Como consecuencia de la anterior declaración, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, fije el monto o valor de "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS, o remuneración que IGT - SAS debe pagar a COLJUEGOS por el ejercicio del derecho a usar el SISTEMA para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar, calculados desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día en que termine el contrato o se pronuncie el laudo, lo que ocurra primero.

TERCERA SUBSIDIARIA: como consecuencia de la anterior declaración, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, establezca las bases, parámetros o porcentajes que deben tomarse en consideración para liquidar "los gastos que por utilización de la Red" de propiedad de COLJUEGOS o remuneración que IGT - SAS debe pagar a COLJUEGOS por el ejercicio del derecho a usar el SISTEMA para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de Concesión 887 de 2011 hasta el día en que termine el contrato o se pronuncie el laudo, lo que ocurra primero, limitándose a 4.994 terminales que forman parte del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS.

CUARTA: DECLARAR que IGT - SAS no está obligada a reconocer o pagar a COLJUEGOS por "los gastos que por utilización de la Red" por el ejercicio del derecho a usar el SISTEMA para la prestación de servicios comerciales, una suma adicional a la que paga por concepto de "VALOR DEL CONTRATO" fijado en la cláusula QUINTA del Contrato de Concesión 887 de 2011.

CUARTA SUBSIDIARIA: En subsidio de la anterior declaración, solicito que el Tribunal Arbitral, con el auxilio de peritos o las pruebas que estime pertinentes, fije "los gastos que por utilización de la Red" o remuneración que IGT debe pagar a COLJUEGOS por el ejercicio del derecho a usar el SISTEMA para la prestación de servicios comerciales, adicional a la que paga por concepto de "VALOR DEL CONTRATO", calculados desde el 19 de abril de 2012, fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Concesión 887 de 2011 hasta el día en que termine el contrato o se pronuncie el laudo, lo que ocurra primero, limitándose a 4.994 terminales que forman parte del SISTEMA de propiedad de COLJUEGOS.

QUINTA: Condénese a COLJUEGOS al pago de las costas del proceso."

2.3.1. Pretensiones relativas al uso del sistema para otros juegos de suerte y azar

2.3.1.1. Posición de las partes.

a. Posición de IGT Games

En el escrito de la demanda de reconvención reformada, IGT Games solicita que se declare que entre las partes del Contrato no se ha llegado a un acuerdo sobre la forma de calcular y sobre la cuantía de los gastos por utilización de la red, que debe pagarse a favor de la entidad concedente por el ejercicio del derecho a usar el sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar diferentes a BALOTO (pretensión primera principal). Seguidamente, dirige sus pretensiones a la forma en que deben establecerse la fórmula o los parámetros para fijar los denominados "gastos de utilización de la Red" que el concesionario debe pagar a favor de Coljuegos. Solicita entonces que se declare que la fórmula para establecer dichos "gastos de utilización de la Red" debe atender: (i) a parámetros reales de mercado para casos similares o análogos (pretensión segunda principal); (ii) a los elementos entregados que eran de propiedad de COLJUEGOS como integrantes del sistema (pretensión tercera principal); y (iii) los ingresos reales percibidos por IGT Games y las demás sociedades de IGT que usan el sistema, y no los ingresos brutos (pretensión cuarta principal). Asimismo, solicita que se declare que la fórmula debe excluir la operación y explotación del juego de suerte y azar denominado "SUPERASTRO", porque dicha utilización ya era remunerada por el concesionario Corredor Empresarial S.A., y dejó de ser comercializado por IGT-SAS desde el 24 de abril de 2015.

Asimismo, solicita que con base en las declaraciones anteriores se fije el valor de los gastos por utilización de la red de propiedad de Coljuegos, calculado desde el 19 de abril de 2012 (fecha de inicio de la etapa operativa del Contrato) hasta el 19 de abril de 2017 (fecha de terminación del Contrato). En subsidio de esta pretensión, solicita que se establezcan las bases, los parámetros o los

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

porcentajes que deben tomarse en consideración para liquidar los gastos por utilización de la red y se fije entonces la fórmula correspondiente.

En un segundo grupo de pretensiones subsidiarias, solicita que se declare que la fórmula para fijar la remuneración por el uso del sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar diferentes a BALOTO, debe estar referida a parámetros actuales del mercado, a casos similares y a los ingresos netos percibidos por el Concesionario o los terceros que usan el sistema, limitándose a las 4.994 terminales que forman el parte del sistema de propiedad de Coljuegos. En consecuencia, solicita que el Tribunal fije el monto a pagar por este concepto o que establezca las bases para su liquidación según los criterios mencionados.

Sustenta sus pretensiones en que, de conformidad con el pliego de condiciones, al concesionario que le fuera adjudicado el contrato, recibiría de Coljuegos los elementos que componen el sistema de terminales puestas en línea para el juego Loto en Línea – Baloto, revertidos por el anterior concesionario. Respecto de los componentes del sistema, la concedente estableció que estaba conformado por 4.994 terminales equivalentes al 100% de la red de distribución.

Señala que la concedente le otorgó, principalmente, tres derechos al Concesionario respecto del uso del sistema: (i) operar y explotar BALOTO; (ii) usar el sistema para operar y explotar otros juegos de suerte y azar; y (iii) usar el sistema para prestar servicios comerciales. Dentro de este marco, sostiene que la cláusula quinta, que establece el valor del contrato, determina el monto de la contraprestación a favor de Coljuegos por todos los derechos otorgados a la Concedente. Sin embargo, reconoce que las partes expresamente convinieron que debía haber un pago adicional a favor de la concedente por el uso del sistema para la explotación de otros juegos de suerte y azar, consistente en el valor de “los gastos que por utilización de la Red” se determinen, en los términos de la cláusula sexta, literal ff.

Adicionalmente, argumenta que, conforme al Contrato y al Acta de Inicio, el Concesionario solo debía reconocer a favor de Coljuegos, los gastos por utilización de la res como remuneración por el uso del sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y que las partes convinieron que llegarían a un acuerdo sobre el valor de la mencionada remuneración. Precisa que respecto

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

del juego de suerte y azar de tipo novedoso SUPERASTRO, la concedente ya había sido remunerada por el concesionario al que se le adjudicó su operación y explotación, que dejó de ser comercializado el 24 de abril de 2015.

A lo anterior la Convocante en reconvención agrega que el Contrato la facultaba para celebrar contratos con terceros para desarrollar algunas de sus actividades.

En ese contexto, indica que, con fundamento en la cláusula vigésima sexta del Contrato, suscribió los siguientes negocios con otras sociedades:

- a. Contrato de arrendamiento con IGT Foreign Holdings Corporation Sucursal Colombia (IGTFHC) a cambio de un canon mensual de \$29.499.639, en virtud del cual IGTFHC comercializa directamente los juegos de suerte y azar y presta servicios tecnológicos para la prestación de servicios comerciales, por lo que es quien percibe los ingresos por dicho concepto.
- b. Contrato de arrendamiento y manejo comercial para la red del BALOTO suscrito con IGTFHC, en virtud del cual se entregó en arriendo la red comercial integrada por mínimo 9.000 terminales en PDV a cambio de una remuneración mensual del 7.68% de las ventas brutas de BALOTO, después de descontado el IVA.
- c. Contrato de prestación de servicios de back-office y otros con IGTFHC.

Por su parte, IGTFHC suscribió contratos con IGT Comunicaciones Colombia Ltda. e IGT Colombia Ltda., de prestación de servicios de comunicaciones y de colaboración empresarial, respectivamente.

Relaciona luego la información financiera de estas sociedades para concluir que la remuneración que Coljuegos reclama corresponde al 88.65% de la utilidad neta percibida por todas las compañías IGT y al 94% del patrimonio conjunto de las empresas. Considera entonces que el valor de las pretensiones es desproporcionado.

En lo que respecta a los parámetros para fijar la remuneración por el uso del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar, señala que en el proceso de licitación del BALOTO para el periodo 2017-2022, la concedente ha reconocido que la remuneración por el uso del Sistema se limita a los costos

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

por la utilización de la red que deberá pagar el concesionario. En el marco de este nuevo proceso licitatorio, Coljuegos incluyó un cobro fijo a cargo del futuro concesionario que denominó "beneficios colaterales generados por la operación del juego", con fundamento en el cual se cobra al concesionario el uso de los bienes "tangibles e intangibles" para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar distintos a BALOTO y por servicios comerciales. Como criterios de cuantificación, se toman: (i) el potencial de usuarios para otros productos y servicios, jugadores y no jugadores; (ii) los productos y servicios susceptibles de ser ofrecidos; y (iii) los ingresos y costos asociados al ofrecimiento de otros productos y servicios. Aplica estos criterios al caso que ocupa la atención del Tribunal para establecer el monto que habría tenido que pagar, y manifiesta que *"ante la falta de acuerdo entre las partes sobre la forma y cuantía para fijar la remuneración a favor del CONCEDENTE por el ejercicio del derecho del CONCESIONARIO a usar el Sistema para la explotación de otros juegos de suerte y azar, el Tribunal Arbitral debe proceder a fijar la remuneración a que COLJUEGOS tiene derecho por dicho concepto atendiendo a los parámetros del mercado y los ingresos netos realmente recibidos por IGT o los terceros que operan el Sistema, limitándose a 4.994 terminales que forman parte del Sistema"*.

b. Posición de COLJUEGOS

En la contestación de la demanda de reconvención reformada, Coljuegos se opuso a las pretensiones por considerar que la falta de pago de la contraprestación por el uso del Sistema no obedece a falta de acuerdo entre las partes, sino al incumplimiento por parte del concesionario. Asimismo, señala que, en línea con los documentos que se produjeron en la etapa precontractual, el derecho a usar el Sistema tanto para la operación de otros juegos de suerte y azar como para la prestación de servicios comerciales generaba una contraprestación. Sostiene también que la retribución a pagar debe partir de los ingresos brutos provenientes de los pagos realizados por los usuarios del Sistema a título de comisión por transacciones, descontada la comisión del punto de venta que en ningún caso es superior al 7.68%.

En síntesis, respecto de los hechos manifestó que no es cierto que el Sistema esté compuesto únicamente por la plataforma tecnológica que Coljuegos entregó al concesionario, sino que comprende el software y el hardware a través de los que corre el juego, así como las terminales y demás bienes

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

destinados a la conexión. En lo relativo a la celebración de contratos con terceros para el uso del Sistema, manifestó que la autorización de la cláusula vigésima sexta del contrato se refiere a subcontratos que tengan como propósito el cumplimiento de las obligaciones de la concesionaria, pero no para la entrega en arrendamiento de los bienes concesionados a terceros.

Reitera que el uso del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar requería acuerdo previo sobre el valor a cobrar, que se formalizaría por medio de otrosí. Y, en cuanto a los parámetros para el cálculo de la remuneración, considera que se trata de simples apreciaciones de la convocante en reconvención.

Propuso las excepciones de mérito que denominó "*A. Incumplimiento del contrato 887 de 2011 por parte de la CONCESIONARIA en lo relativo a la obligación de pago de contraprestación por la operación de otros juegos de suerte y azar y la prestación de servicios comerciales a través del SISTEMA concesionado*", "*B. Inexistencia de autorización para la concesionaria de arrendar el SISTEMA CONCESIONADO*", "*C. La presentación de los elementos que integran el SISTEMA contenida en la reforma de la demanda de reconvención se aparta del contenido del contrato 887 de 2011*", y "*C. Violación del artículo 28 del ECAP y por tanto uso indebido de bienes de propiedad estatal*".

2.3.1.2. Consideraciones del Tribunal

- a. La falta de acuerdo sobre la contraprestación por el uso del Sistema para operar otros juegos de suerte y azar

De conformidad con lo que ya ha sido estudiado por este panel arbitral, particularmente al resolver las pretensiones de la demanda principal relativas al incumplimiento del Contrato de Concesión No. 887 de 2011, se ha concluido del estudio de los distintos documentos en los que se instrumentó la voluntad de las partes, que en los documentos contractuales se estableció una autorización a favor de la sociedad concesionaria en el sentido de utilizar el Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar y para la prestación de servicios comerciales. Sin embargo, en el documento de aclaraciones de 5 de abril de 2011 se precisó el alcance de esa autorización de manera que, previo a que el concesionario pudiera hacer dicho uso del Sistema, debía pactarse la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

remuneración a favor de la concedente y esto debía constar en un Otrosí. En efecto, en el documento aclaratorio de 5 de abril de 2011 la entidad concedente aclaró el literal b) de la cláusula sexta, así: "*en el evento de pretender usarlo [el sistema] para la operación y explotación de otros juegos y/o servicios comerciales, se requerirá de **acuerdo previo sobre el valor a cobrar por dicho concepto***" (se destaca). De conformidad con esta previsión, es claro que antes de poder usar el Sistema para estos fines, debía pactarse la remuneración correspondiente y el concesionario no podía empezar a operar otros juegos o prestar servicios comerciales si no se había fijado la contraprestación a favor de la concedente.

Adicionalmente, en lo que respecta al uso del Sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar diferentes al BALOTO, se estipuló en el literal ff de la cláusula sexta del Contrato que antes de operarlos, las partes "*deberán acordar los gastos por que por la utilización de la Red le corresponderán a ETESA EN LIQUIDACIÓN*".

Analizadas integralmente las disposiciones contractuales antes reseñadas, el Tribunal ha concluido que el uso del sistema para otros juegos de suerte y azar diferentes del BALOTO debía estar precedido de un acuerdo de las partes sobre *el valor a cobrar* que debía pagar el concesionario a la entidad concedente, esto es, una remuneración o retribución, y no simplemente sobre el componente de *gastos* que de esa utilización pudiera derivarse. Es decir, las partes acordaron que debía fijarse una contraprestación a favor de la entidad concedente que remunerara el uso que concesionario hiciera del Sistema para operar otros juegos de suerte y azar. Debe destacarse que en el contexto de la ley 643 de 2001 y sus normas complementarias, la concesión o autorización a terceros para la explotación de juegos de suerte y azar debe generar a favor de la entidad estatal unos "derecho de explotación", establecidos como un porcentaje de las ventas o ingresos brutos, y no simplemente el reconocimiento del factor de "gastos" relacionados con una actividad. En efecto, conforme a la regulación legal del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, el tercero que opere un juego de esta categoría está obligado a reconocer a favor de la entidad concedente una suma a título de derechos de explotación que, en términos de la Corte Constitucional, configuran una renta y corresponden, en consecuencia, a una contraprestación: "*es oportuno expresar que de conformidad con los conceptos y principios de la Hacienda Pública los derechos de explotación que deben pagar los concesionarios o los operadores autorizados por causa del*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*desarrollo de actividades económicas que constituyen monopolio rentístico del Estado en virtud de la ley, no configuran un tributo, sino una renta del mismo, correspondiente a una contraprestación*¹⁹⁸. Es importante destacar entonces que todos los juegos de suerte y azar están sometidos al monopolio rentístico del Estado, lo que implica que los ingresos que los terceros obtengan por su operación y explotación necesariamente deben generar una contraprestación a favor de la entidad estatal correspondiente, con el fin de que esos recursos sean destinados, en este caso particular, al sector salud y cumplir así los fines del Estado.

Asimismo, el artículo 362 de la Constitución Política establece la protección de las rentas, tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, al señalar que *"son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares"*. Las rentas obtenidas por la explotación de juegos de suerte y azar, directamente o por intermedio de terceros, son entonces una fuente de financiación del Estado y en esa medida los particulares no podrían valerse de la autorización que les haya sido concedida respecto de un juego particular, para operar y explotar otros distintos sin pagar la contraprestación correspondiente, que en ningún caso puede limitarse exclusivamente a "gastos de utilización" de la red o el sistema. De allí que el tercero deba hacer partícipe a la entidad estatal de los ingresos que percibe por la explotación y operación de juegos de suerte y azar, que corresponde a un concepto mucho más amplio que el de "gastos de utilización", en la medida en que no basta con pagar a la entidad los gastos por usar su Sistema, como si se trata de gastos administrativos, sino que también debe retribuirse a la entidad estatal por los ingresos percibidos, debido a que las rentas que produzcan estos juegos tienen una destinación específica y son de propiedad del Estado.

De conformidad con lo anterior, es claro que debía haber un acuerdo de las partes sobre la remuneración por el uso del Sistema para operar otros juegos de suerte y azar, que no se limitaba al concepto de gastos sino que comprende una verdadera contraprestación por la explotación de otros juegos de suerte y azar. En este sentido, no prospera la pretensión primera del primer grupo de pretensiones principales de la demanda de reconvención reformada, puesto que el acuerdo debía fijar una remuneración o contraprestación, no únicamente

¹⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-571 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

unos "gastos" por el uso del Sistema, como se desprende de la interpretación de los literales b y ff de la cláusula sexta, a la luz de los parámetros del documento de aclaraciones de 5 de abril de 2011. Por las mismas razones, la pretensión primera del segundo grupo de pretensiones subsidiarias no está llamada a prosperar. Tampoco prosperan en consecuencia las pretensiones sexta del primer grupo de pretensiones principales, subsidiaria de la sexta principal, tercera del segundo grupo de pretensiones subsidiarias, y tercera subsidiaria.

Prosperan las excepciones de mérito denominadas "*A. Incumplimiento del contrato 887 de 2011 por parte de la CONCESIONARIA en lo relativo a la obligación de pago de contraprestación por la operación de otros juegos de suerte y azar y la prestación de servicios comerciales a través del SISTEMA concesionario*" y "*C. Violación del artículo 28 ECAP y por tanto uso indebido del ECAP y por tanto uso indebido de bienes de propiedad estatal*". Sin embargo, respecto de esta última excepción es importante aclarar que la denominación no corresponde con el contenido, comoquiera que los argumentos allí expuestos se refieren a la necesidad de fijar una contraprestación objetiva por el uso del Sistema debido a la naturaleza bilateral y conmutativa del Contrato 887 de 2011, y a la obligación de los operadores de juegos de suerte y azar de pagar una contraprestación consistente en derechos de explotación y gastos administrativos. En consecuencia, el Tribunal accede en los términos del contenido de la excepción, pero no se pronuncia sobre la presunta violación del artículo 28 de la Ley 80 de 1993 ni sobre el uso indebido de bienes de propiedad estatal, porque estos temas no fueron argumentados por la convocada en reconvención ni debatidos en el proceso. Finalmente se precisa respecto de esta excepción que los gastos de administración atañen a todos los juegos de suerte y azar que sean operados por terceros, de acuerdo con el artículo 9º de la Ley 643 de 2001.

- b. El cálculo de la contraprestación por el uso del Sistema para operar otros juegos de suerte y azar

Como se señaló al resolver las pretensiones de la demanda principal, la contraprestación por el uso del Sistema para operar otros juegos de suerte y azar corresponde a un porcentaje calculado sobre las ventas brutas del juego de suerte y azar del que se trate, puesto que la Ley 643 de 2001, en sus artículos 7, 8 y 38, dispone que cuando la operación del juego se dé por

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

intermedio de un tercero, la renta del monopolio estará constituida por los derechos de explotación que el operador debe pagar a la entidad estatal. Y estos derechos, según se señala en las normas mencionadas, se fijan como un porcentaje de los ingresos brutos de cada juego. En consecuencia, es la ley la que de manera imperativa define la forma de cálculo de los derechos de explotación, así como de los gastos administrativos, sin que las partes o el juez puedan alterar estas reglas.

Asimismo, según se señaló en precedencia, los literales b y ff de la cláusula sexta deben interpretarse en el sentido definido en el documento de aclaraciones de 5 de abril de 2011, esto es, que las partes debían acordar “*el valor a cobrar*” por el uso del Sistema para la operación y explotación de otros juegos de suerte y azar. Esto implica fijar de manera previa al inicio de la operación de otros juegos, una contraprestación a favor de la entidad concedente que no puede limitarse a los denominados “gastos por utilización de la red”, comoquiera que debe hacerse partícipe a la entidad estatal de los ingresos que se perciban en la medida en que constituyen las rentas del monopolio del que exclusivamente el Estado es titular.

Por estas razones, las pretensiones segunda y tercera del primer grupo de pretensiones principales de la demanda de reconvención reformada no están llamadas a prosperar, debido a que en ellas se hace referencia al cálculo del valor a pagar por los “gastos de utilización” de la red que resultan insuficientes para remunerar a la concedente por las rentas que tiene derecho a percibir, comoquiera que se trata de un monopolio rentístico cuyo titular es el Estado y debe acudir entonces a la noción de “derechos de explotación”.

Respecto de los componentes del Sistema, en el Capítulo III del Pliego de Condiciones se señaló:

“La Empresa Territorial para la Salud, ETESA EN LIQUIDACIÓN, de acuerdo con los términos del contrato c-117 firmado el 22 de diciembre de 1999, y a las condiciones definidas por la Ley, ha recibido como parte del proceso de reversión los elementos que componen el sistema de apuestas en línea para el juego Loto en Línea-BALOTO, diseñado e instalado por el actual CONCESIONARIO, el cual ha operado durante los últimos 10 años.”

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

"Estos elementos deberán ser recibidos y utilizados por el CONCESIONARIO que sea seleccionado producto de la presente Licitación Pública, para continuar con la operación y mantenimiento de la plataforma tecnológica, requerida para la explotación del juego Loto en Línea.

"El listado de elementos que componen el Sistema a recibir y operar, se encuentra descrito más adelante en la sección «ELEMENTOS DEL SISTEMA QUE REVIRTÍÓ» (...)."

En el numeral 3.5 del Pliego de Condiciones se relacionaron los elementos que hacen parte del Sistema que sería entregado al concesionario, así:

ELEMENTO DE	ITEM	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD
PDC	Arreglo de discos duros	Arreglo de discos duros en donde se almacena toda la información del juego para los sistemas primario y secundario. Cada servidor tiene un juego de 3 discos duros	6
	Consolas de operación	Cada sistema de juego posee una consola para realizar las actividades de operación de cada uno. Cada consola está compuesta	4

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

ELEMENTO DE	ITEM	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD
		por un monitor y un teclado.	
	Router	Dispositivo que se encarga de enrutar los datos que viajan de una red hacia otra, Router cisco línea 2600	1
	Servidores de Juego	Servidores primario y secundario en donde se procesa el juego , Compaq DS20	2
	SW: Aplicativo GOLS	Software cuya propiedad intelectual es del actual CONCESIONARIO que contiene los programas ejecutables para el juego baloto y que se instala en cada uno de los sistemas centrales primario y secundario.	2
	SW: Sistema Operacional	Sistemas operacionales requeridos para cada uno de los servidores primario y secundario	2
	SW: VISION	Software cuya propiedad intelectual es del actual CONCESIONARIO que permite ejecutar comandos de operación de consola de cada sistema central.	2
	Switches	Dispositivo de red que permite interconectar equipos como computadores, impresoras, etc. a una red de datos, Switch Cisco línea small bussines	3
PDC Total			22
BDC	Arreglo de discos duros	Arreglo de discos duros en donde se almacena toda la información	3

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

ELEMENTO DE	ITEM	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD
		una red de datos, Switch Cisco línea small bussines	
BDC Total			12
NODOS	Antenas	Antenas utilizadas para los radio master	109
	GTX	Equipo que se conecta a los sistemas centrales de juegos y que se encarga de recibir las tramas de comunicaciones remitida desde las terminales ISYS	5
	Radio Master	Equipo de transmisión de radio frecuencias utilizado para recibir y retransmitir las señales de las terminales	55
	Router	Dispositivo que se encarga de enrutar los datos que viajan de una red hacia otra. Router cisco línea 2600	5
	Switches	Dispositivo de red que permite interconectar equipos como computadores, impresoras, etc. a una red de datos, Switch Cisco línea small bussines	5
NODOS Total			179
PDV	Terminal Juego ISYS	Terminal en donde se realiza la venta del juego al cliente final. Posee: Impresora de matriz de punto, pantalla LCD monocromática, lector óptico para validación de tiquetes, teclado de funciones de juego y teclado numérico. 3 Puertos seriales. 1MB Ram, 1 MB flash, 110VAC -240VAC	4.994

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

ELEMENTO DE	ITEM	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD
		/ 50-60Hz / 2-4 Amp.	
	Equipamiento de Comunicaciones	Equipamiento de comunicación (radios y antenas) que transmite y recibe señal con la información para las terminales.	9.988
	SW: Juego en terminal ISYS	Software cuya propiedad intelectual es del actual CONCESIONARIO que se instala en cada una de las terminales mediante el cual se vende el juego	4.994
PDV Total			19.976
FIDUCIA	Terminal Juego ISYS	Terminal en donde se realiza la venta del juego al cliente final. Posee: Impresora de matriz de punto, pantalla LCD monocromática, lector óptico para validación de tiquetes, teclado de funciones de juego y teclado numérico. 3 Puertos seriales. 1MB Ram, 1 MB flash, 110VAC -240VAC / 50-60Hz / 2-4 Amp.	6
	Equipamiento de Comunicaciones	Equipamiento de comunicación (radios y antenas) que transmite y recibe señal con la información para las terminales.	12
	SW: Juego en terminal ISYS	Software cuya propiedad intelectual es del actual CONCESIONARIO que se instala en cada una de las terminales mediante el cual se vende el juego	6
FIDUCIA Total			24
ETESA	Arreglo de	Un arreglo de discos duros en	1

Como se observa, uno de los múltiples componentes del sistema es el de las 4.994 terminales que se entregaron en concesión, junto con otros elementos como el software, respecto del que se señala que la propiedad intelectual es del concesionario, pero se precisa en la nota final que acompaña los cuadros citados, que *"para todo el SOFTWARE (SW) el actual contratista entregará las licencias y los derechos de uso con los programa ejecutables respectivos de las versiones instaladas hasta el 18 de abril de 2012"*. Así, las 4.994 terminales son solo uno de los elementos integrantes del Sistema concesionado, conclusión que se ve reforzada con lo dispuesto en la cláusula vigésima primera del Contrato, en la que se estipuló: *"por mandato del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, al finalizar el término de este contrato, el sistema (entendido como*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

tal, el software y el hardware a través de los cuales corra el juego, así como los terminales y demás bienes afectos a la concesión), pasará a ser de propiedad de ETSA EN LIQUIDACIÓN" (se destaca).

Es importante señalar que en el numeral 2.2 del Pliego de Condiciones, sobre exigencias mínimas en materia de red de mercadeo, se dispuso:

"ETESA EN LIQUIDACIÓN exige como condición mínima, que el CONCESIONARIO debe cumplir en materia de red de mercadeo al momento al momento de iniciar la operación, con CUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO /4.994) puntos de venta distribuidos a lo largo y ancho del territorio nacional colombiano y, especialmente, en los departamentos y municipios en los que actualmente se comercializa el juego LOTO EN LÍNEA. Cada punto de venta debe estar dotado con una terminal conectada en línea y en tiempo real con el sistema central de cómputo.

"(...)

"Cabe resaltar que la cobertura de cuatro mil novecientos noventa y cuatro (4.994) terminales corresponde a la red que entrega ETESA EN LIQUIDACIÓN al adjudicatario para la operación del juego, las cuales son de su propiedad."

Se colige de la cita precedente que las 4.994 terminales conforman la denominada "red de mercadeo" que se entregó como uno de los componentes del Sistema, que el concesionario se obligaba a mantener y operar. Así se reiteró en el literal c de la cláusula sexta del Contrato, que contempla como obligaciones del concesionario la siguiente:

"c. Realizar la operación y explotación del juego LOTO EN LÍNEA, a través del SISTEMA, en las condiciones y estándares operativos bajo los cuales se ha operado y explotado el juego. En desarrollo de la mencionada operación el CONCESIONARIO mantendrá instaladas las cuatro mil novecientos noventa y cuatro (4.994) terminales que hacen parte del Sistema que entrega ETESA EN LIQUIDACIÓN, así como de las terminales adicionales que se obliga a instalar para la operación y explotación del juego (...)." (se destaca)

Como corolario de lo anterior, encuentra el Tribunal que la "red de mercadeo" entregada en concesión, que a su vez era una de las partes del Sistema,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

constaba de 4.994 terminales para el momento de la suscripción del Contrato, pero esta red debía ser ampliada por el concesionario y en este sentido IGT GAMES, en el estudio de factibilidad que acompañó con su oferta, se refiere a 5.000 terminales adicionales y su ubicación en el territorio nacional¹⁹⁹, que necesariamente entrarían a formar parte del Sistema que se revertiría a la terminación de la concesión.

En consecuencia, la pretensión segunda del primer grupo de pretensiones principales de la demanda de reconvención reformada, así como la tercera del primer grupo de pretensiones principales y la pretensión cuarta del primer grupo de pretensiones principales, no prosperan, debido a que, por un lado, los gastos por utilización de la red son insuficientes para remunerar a la concedente por el uso del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar, y, por otro, porque el Sistema está integrado tanto por las 4.994 terminales entregadas al momento de suscripción del Contrato como por las terminales adicionales que ampliaron la red de mercadeo. Por los mismos motivos, la pretensión segunda del segundo grupo de pretensiones subsidiarias y la pretensión tercera subsidiaria de la pretensión tercera del segundo grupo de pretensiones subsidiarias tampoco prosperan. Por el contrario, prospera la excepción de mérito formulada por COLJUEGOS, denominada "*c. la presentación de los elementos que integran el SISTEMA contenida en la reforma de la demanda de reconvención se aparta del contenido del contrato 887 de 2011*".

Finalmente, respecto de la pretensión quinta del primer grupo de pretensiones principales, obra en el expediente el Contrato de Concesión No. 776 de 2010²⁰⁰, suscrito entre ETESA EN LIQUIDACIÓN y la sociedad Corredor Empresarial S.A., cuyo objeto era la operación del juego de suerte y azar en línea de tipo novedoso denominado "SUPERASTRO". Respecto de la duración de este contrato, se pactó que sería de 5 años desde el 24 de abril de 2010 hasta el 24 de abril de 2015. Y sobre la remuneración, se estableció lo siguiente:

"SEXTA: VALOR DEL CONTRATO Y RENTABILIDAD MINIMA: *El valor del presente contrato es indeterminado pero determinable durante la vigencia del mismo, y lo constituye los siguientes factores: a) DERECHOS DE EXPLOTACIÓN:*

¹⁹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2. Folios 237-238.

²⁰⁰ Cuaderno de Pruebas No. 6. Folios 472-483.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

Son los derechos que con la operación del juego debe pagar el concesionario u operador mensualmente a ETESA EN LIQUIDACIÓN o la entidad que haga sus veces, durante la vigencia de la Concesión, los que se liquidan sobre los ingresos brutos declarados, de acuerdo a la siguientes tabla de porcentajes:

- "1- Para el primer año de explotación el 17% de los ingresos brutos.*
- 2- Para el segundo año de explotación el 17% de los ingresos brutos.*
- 3- Para el tercer año de explotación el 17% de los ingresos brutos.*
- 4- Para el cuarto año de explotación el 17% de los ingresos brutos.*
- 5- Para el quinto año explotación el 17% de los ingresos brutos.*

"b) GASTOS DE ADMINISTRACIÓN: Sin perjuicio de los Derechos de Explotación, el Concesionario debe liquidar y pagar a título de Gastos de Administración, el porcentaje permitido por la Ley al momento que se generen conforme al estudio de factibilidad (...)."

Observa el Tribunal que COLJUEGOS recibía una contraprestación por la operación y explotación del juego SUPERASTRO, que pagaba el concesionario del mismo, esto es, la sociedad Corredor Empresarial S.A. Esta conclusión se confirma con la certificación expedida el 30 de mayo de 2017²⁰¹ por el contador de ETESA EN LIQUIDACIÓN, en la que recibió las siguientes sumas por parte de la sociedad Corredor Empresarial:

CONCEPTO	IMPORTE POR CAPITAL	IMPORTE POR INTERES	TOTAL POR CONCEPTO
DERECHOS DE EXPLOTACIÓN	\$ 91.436.177.831	\$ 5.812.470	\$ 91.441.990.301
GASTOS DE ADMINISTRACIÓN	\$ 914.362.136	\$ 58.425	\$ 914.420.561
TOTAL	\$ 92.350.539.967	\$ 5.870.895	\$ 92.356.410.862

En esta certificación se señala que la entidad no recibió importe alguno por el concepto de uso de su red, pero es claro que este ya fue remunerado mediante el pago de derechos de explotación y gastos de administración. En consecuencia, le asiste razón a la convocante en reconvención en el sentido que para el cálculo de la contraprestación que IGT GAMES debe pagar por el uso del Sistema para la operación de otros juegos de suerte y azar, deben excluirse los ingresos obtenidos por el SUPERASTRO, porque la entidad concedente ya fue remunerada por la explotación de este juego. Por esta

²⁰¹ Cuaderno de Pruebas No. 6. Folio 498.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

razón, al resolver las pretensiones de condena de la demanda principal se excluirá este concepto. Sin embargo, toda vez que la pretensión quinta del primer grupo de pretensiones principales se refiere a los gastos de utilización de la red, la pretensión debe ser desestimada, por las razones que ya se han expuesto con suficiencia respecto de la diferencia entre el acuerdo del "valor a pagar" como contraprestación y la noción de "gasto".

2.3.2. Pretensiones relativas al uso del sistema para la prestación de servicios comerciales

2.3.2.1 Posición de las partes

a. Posición de IGT Games

La Convocante en reconvención solicita en su demanda que se declare que el concesionario no está obligado a reconocer o pagar a Coljuegos ninguna suma adicional a la que paga por concepto de "valor del contrato" por el ejercicio del derecho a usar el sistema para la prestación de servicios comerciales (pretensión séptima principal). En subsidio, pide que se declare que la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración por el derecho a usar el sistema para la prestación de servicios comerciales debe atender a criterios reales de mercado para casos similares o análogos, a los elementos entregados que eran de propiedad del Coljuegos como integrantes del sistema concesionado y a los ingresos reales percibidos por el Concesionario y/o las otras sociedades de IGT que usaron el sistema. Con base en estas declaraciones subsidiarias, solicita entonces que el Tribunal fije el monto que IGT Games debe pagar a Coljuegos por el uso del sistema para la prestación de servicios comerciales o, en subsidio, que fije la fórmula para calcularlo.

En el acápite de las pretensiones subsidiarias, solicita que se declare que no está obligada a pagar una suma adicional a la que paga por concepto de "valor del contrato" por el uso del sistema para la prestación de servicios comerciales. Y, en subsidio, pide que el Tribunal fije la fórmula de remuneración limitándose a 4.994 terminales que forman parte del sistema de propiedad de Coljuegos.

Fundamenta sus pretensiones en que, ni en la cláusula quinta ni en ningún otro apartado del Contrato se convino que IGT Games debía hacer un pago adicional al "valor del contrato" por el uso del Sistema para la operación y explotación de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

servicios comerciales. En consecuencia, el pago por "valor de contrato" remunera la totalidad de los derechos otorgados al concesionario. Destaca, sin embargo, que ha propuesto fórmulas de arreglo para reconocer una remuneración por el uso del Sistema para la prestación de servicios comerciales, sin que a la fecha las partes hayan llegado algún acuerdo.

b. Posición de Coljuegos

En el escrito de contestación de la demanda de reconvención reformada la convocada se opuso a las pretensiones y manifestó que el uso del Sistema para la prestación de servicios comerciales requería acuerdo previo sobre el valor a cobrar, que se formalizaría por medio de otrosí. Igualmente, señala que el contrato no facultaba al contratista para entregar en arrendamiento el Sistema a terceros para su explotación y operación.

Respecto a la remuneración por el uso del Sistema para la prestación de servicios comerciales, mencionó que, desde los documentos precontractuales, se especificó que el derecho a usar el Sistema para tales efectos generaba el pago de una contraprestación, por lo que no resulta procedente la interpretación de la cláusula quinta en el sentido de considerar que con el pago del "valor del contrato" se remunera el uso por la prestación de servicios comerciales y que, en consecuencia, no hay lugar al cobro de una suma adicional. Indica que con esta interpretación se desconoce que fueron dos los bienes entregados en concesión: (i) el juego de suerte y azar BALOTO, que genera como contraprestación el pago de derechos de explotación y gastos de administración, que fueron los únicos elementos tenidos en cuenta en la cláusula quinta del Contrato para establecer el valor del contrato; y (ii) el Sistema, que ha sido utilizados para la prestación de servicios comerciales y para la operación de otros juegos de suerte y azar.

Propuso las excepciones de mérito que denominó "*A. Incumplimiento del contrato 887 de 2011 por parte de la CONCESIONARIA en lo relativo a la obligación de pago de contraprestación por la operación de otros juegos de suerte y azar y la prestación de servicios comerciales a través del SISTEMA concesionado*", "*B. Inexistencia de autorización para la concesionaria de arrendar el SISTEMA CONCESIONADO*", "*C. La presentación de los elementos que integran el SISTEMA contenida en la reforma de la demanda de reconvención se aparte del contenido del contrato 887 de 2011*", y "*C.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Violación del artículo 28 del ECAP y por tanto uso indebido de bienes de propiedad estatal”.

2.3.2.2. Consideraciones del Tribunal

Como se estudió en apartados precedentes de este laudo, desde el pliego de condiciones se dispuso, particularmente en el literal b de la cláusula sexta, que era obligación del contratista explotar y operar por su cuenta y riesgo el juego BALOTO, y también se señaló que la concedente autorizaba el uso del Sistema por parte del concesionario para la operación o explotación de otros juegos de suerte y azar o para la prestación de servicios comerciales que sean susceptibles de ser comercializados a través del Sistema. Esta cláusula fue objeto de aclaración mediante documento de 5 de abril de 2011, en el que se precisó que en caso de que el concesionario pretendiera hacer uso del Sistema para, entre otros, prestar servicios comerciales, era necesario un acuerdo previo sobre el valor a cobrar por dicho concepto, que se formalizaría en un otrosí al Contrato.

Al respecto, este Tribunal concluyó que las aclaraciones a los pliegos de condiciones producen efectos vinculantes tanto para el contratista como para la entidad concedente, puesto que consagran las pautas de interpretación del contrato y su alcance, y al referirse a los pliegos de condiciones que se incorporan al contrato, las aclaraciones igualmente hacen parte del mismo. En este sentido, con el criterio de interpretación fijado en el documento de 5 de abril de 2011, el Tribunal considera que el literal b de la cláusula sexta y lo dispuesto en el Acta de Inicio de 19 de 2011 necesariamente deben entenderse como una reiteración de la autorización de uso del Sistema para la prestación de servicios comerciales, pero que para que pueda ser materialmente ejercida debía primero cumplirse con los requisitos señalados, esto es, acordar de manera previa el valor de la remuneración y consignar este acuerdo en un otrosí, toda vez que, aunque existe la autorización, la prestación de servicios comerciales no es propiamente parte del objeto contractual y era necesario instrumentar ese acuerdo en un documento modificadorio del contrato.

Ahora bien, la convocante en reconvención argumenta que el pago por el uso del Sistema para la prestación de servicios comerciales se remuneraba con lo pactado en la cláusula quinta del Contrato, puesto que no se pactó una suma adicional. Sin embargo, en línea con lo expuesto, en el caso concreto sí se

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

pactó que se requeriría un pago adicional que no estaba comprendido en la cláusula quinta, puesto que esta cláusula se refiere al cálculo de los derechos de explotación y los gastos administrativos que se generan por concepto de la operación del BALOTO (que el propiamente el objeto del Contrato), por lo que corresponden a un porcentaje de las ventas brutas del mencionado juego.

En consecuencia, la pretensión séptima del primer grupo de pretensiones declarativas no puede prosperar y el Tribunal deberá negarla porque IGT Games sí estaba obligada a pagar una remuneración adicional por el uso del Sistema para la prestación de servicios comerciales, que debía fijarse antes de que el concesionario pudiera prestarlos. Por las mismas razones tampoco prospera la pretensión cuarta del segundo grupo de pretensiones subsidiarias. Por el contrario, prospera la excepción de mérito denominada "*A. Incumplimiento del contrato 887 de 2011 por parte de la CONCESIONARIA en lo relativo a la obligación de pago de contraprestación por la operación de otros juegos de suerte y azar y la prestación de servicios comerciales a través del SISTEMA concesionario*".

Por otra parte, respecto de las pretensiones en las que se solicita al Tribunal que fije la fórmula o los parámetros para fijar la remuneración a favor de COLJUEGOS por los "gastos de utilización de la red" para la prestación de servicios comerciales, el Tribunal remite al estudio adelantado al resolver las pretensiones de condena de la demanda principal. En él, como criterio para fijar la remuneración por el uso del Sistema para servicios comerciales, se resolvió acudir al parámetro acordado por las partes en el Contrato de Concesión No. C-1379 de 2016, que contempla en la cláusula tercera, como parte del valor del contrato, un rubro correspondiente a los denominados "beneficios colaterales". El valor por beneficios colaterales es el equivalente a 300 SMLMV mensuales y tiene como antecedentes los cobros establecidos para permisos de utilización de marca y sistema de otros juegos de suerte y azar contemplado en el Contrato No. 117 de 1999, y en los cobros por el uso del Sistema del Contrato de Concesión 887 de 2011, según se señaló en el pliego de condiciones²⁰².

Por las razones que fueron oportunamente expuestas, este panel arbitral considera que resulta procedente aplicar este criterio para fijar el monto que IGT GAMES debe pagar a COLJUEGOS por haber utilizado el Sistema para la

²⁰² Cuaderno de Pruebas No. 5. Folio 508.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

prestación de servicios comerciales. En este sentido, como ya se ha señalado, el valor se ha determinado tomando como base el porcentaje proporcional por uso del sistema para estos fines aplicado sobre los 300 SMLMV, multiplicados por el número de meses del Contrato de Concesión 887 de 2011. En consecuencia, no prosperan las pretensiones primera subsidiaria de la séptima principal, segunda subsidiaria de la séptima principal y tercera subsidiaria de la séptima principal, así como tampoco prospera la pretensión cuarta subsidiaria de la séptima principal, comoquiera que es consecuencia de las tres anteriores que fueron negadas. Igualmente, la pretensión subsidiaria de la cuarta subsidiaria de la séptima principal no prospera.

Tampoco procede la pretensión cuarta subsidiaria del segundo grupo de pretensiones subsidiarias, por las razones antes expuestas relativas a las terminales que conforman la red de mercadeo y que a su vez hacen parte del Sistema, como uno de sus múltiples componentes.

Por último, el Tribunal debe pronunciarse sobre la excepción de mérito denominada "*B. Inexistencia de autorización para la concesionaria de arrendar el sistema Concesionadd*". En esta excepción se argumenta que el 1º de junio de 2014 GTECH S.A.S. celebró con Gtech Foreign Holdings Corporation Sucursal Colombia un contrato de arrendamiento parcial del Sistema de propiedad de COLJUEGOS. Señala que este contrato no es de aquellos que el concesionario podía celebrar para la operación del BALOTO; sin embargo, no precisa cuál es la cláusula contractual que impide la celebración de este tipo de contratos. Sobre el particular, encuentra el Tribunal que en el literal d de la cláusula sexta del contrato se hace referencia al arrendamiento de los puntos de venta en los que operarán las terminales. Por otra parte, en la cláusula tercera se señala que existirá una etapa preoperativa dentro de la que el contratista deberá suscribir los contratos que sean necesarios para adecuar la estructura para iniciar la operación del juego, por lo que parecería estar excluida la posibilidad de celebrar contratos para que terceros hagan uso parcial del Sistema para operar otros juegos de suerte y azar o prestar servicios comerciales. Sin embargo, la convocada en reconvención no dio cabal cumplimiento a la carga de argumentación, lo que impide al Tribunal darle prosperidad a la excepción, puesto que no es claro qué cláusulas o disposiciones contractuales o normativas invoca como violadas. Por esta razón, no prospera.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

**CAPÍTULO CUARTO
DISPOSICIONES FINALES**

1. COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES

El artículo 280 del Código General del Proceso dispone que en la sentencia que ponga fin a la controversia, el juez deberá calificar la conducta procesal de las partes y si fuere el caso deducir indicios de ella.

Para atender el mandato del mencionado artículo del Código General del Proceso y fuera de otras consideraciones vertidas a lo largo del presente laudo, el Tribunal alude al comportamiento en las acciones desplegadas y para ello estima necesario recapitular determinaciones en torno a algunos aspectos del proceso en los cuales hubo criterios opuestos, deliberación y determinaciones del Tribunal.

Al respecto, no desconoce este panel que a lo largo del trámite arbitral se presentaron algunas vicisitudes en cuanto al cumplimiento de las cargas procesales y de los deberes que las partes deben observar en el marco de un proceso judicial, como lo es la colaboración que deben prestarse mutuamente. Sin embargo, estas dificultades no revisten la entidad suficiente para dar aplicación a sanción normativa consagrada en el artículo 280 del Código General del Proceso, motivo por el cual el Tribunal no procederá a deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

Lo anterior, en línea con lo que se decidirá más adelante sobre la alegada renuencia de la convocada y las sociedades del grupo IGT, a exhibir documentos.

2. CONTROL DE LEGALIDAD Y CONFORMACIÓN DEL CONTRADICTORIO

En lo relativo al control de legalidad, el Tribunal destaca que una vez concluido el período probatorio y en la oportunidad de efectuar el control de legalidad, la parte convocante manifestó reparos que fueron resueltos por el Tribunal, previa contradicción. En lo fundamental, la parte convocante hizo manifestaciones respecto de la conformación del contradictorio, aspecto que había sido ya abordado y determinado en varias oportunidades, como quedó explícito en la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

secuencia descrita en el Auto No. 69 (Acta No. 46) de 23 de noviembre de 2018, transcrito en los antecedentes.

Se concluye que el trámite no adolece de vicio alguno que pueda afectar su legalidad ni la del laudo que se dicta.

En ese contexto, dado que en el presente trámite arbitral no fueron vinculadas las sociedades que actuaron como prometientes de la sociedad futura GTECH S.A.S., pues se concluyó que no tenían la calidad de litisconsortes necesarios, en ausencia de pretensión alguna que pueda afectar a dichas sociedades no puede tener prosperidad la excepción formulada por la convocada bajo la denominación *"Inexistencia de solidaridad legal o contractual entre IGT y las sociedades constituyentes"*.

3. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS Y SUMINISTRO DE INFORMACIÓN

Tal como se indicó en los antecedentes de este laudo, en este acápite se realiza el análisis de la posible obstrucción o renuencia a exhibir documentos por la parte Convocada y las sociedades IGT.

El artículo 267 del Código General del Proceso, establece que:

"Artículo 267. Renuencia y oposición a la exhibición. Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.

"Cuando es un tercero quien se opone a la exhibición o la rehúsa sin causa justificada, el juez le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"Los terceros no están obligados a exhibir documentos de su propiedad exclusiva, cuando gocen de reserva legal o la exhibición les cause perjuicio".

La norma antes transcrita establece una sanción a la conducta de las partes o de los terceros que faltan con su deber de lealtad probatoria entre ellas y respecto a la administración de justicia, consistente en que el juez puede calificar la renuencia a exhibir documentos como confesión de aquellos hechos que se hubieran demostrado de haberse aportado al proceso en legal forma, para el caso de que sean susceptibles de la prueba de confesión, o de indicio, de no serlo.

Los presupuestos de aplicación de la norma son:

1. La renuencia o la omisión de exhibir el documento que – sin duda- está en poder de la parte o del tercero.
2. La claridad de su contenido y de la relación con los hechos que se pretenden probar.
3. La naturaleza de los hechos para determinar si la valoración de la conducta se tendrá como confesión o como indicio en su contra.

En el presente caso, el Tribunal encuentra que la prueba se solicitó de manera general y abstracta, por lo que no se proporcionaron los elementos que permitan identificar los hechos sobre los cuales la confesión o los indicios surtirían su efecto probatorio, y de lo cual se desprende que no es posible imponer la sanción legalmente establecida, más aún en la medida en que a pesar de los múltiples requerimientos formulados por el Tribunal y la demora en la obtención de la información requerida para la exhibición de documentos, la misma también fue puesta en consideración de los peritos designados por el Tribunal.

4. TACHA DE LOS TESTIGOS

En el presente caso, en desarrollo de la etapa probatoria los testigos Cristina Arango Olaya y José Luis Suárez Parra, fueron objeto de tacha por los apoderados de la parte Convocada y Convocante, respectivamente.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

La tacha de la testigo Cristina Arango Olaya, se formuló así:

"DR. ARAQUE: Con todo testigo de la testigo y de este Tribunal y dada la forma como la testigo ha venido respondiendo las preguntas directas que se le hacen dando sus opiniones y dada su condición de miembro de la junta directiva de Coljuegos, respetuosamente tacho por sospecha su testimonio para que a efectos de que en el momento en que se produzca el lado se tenga en cuenta y se examine con el rigor que corresponde este testimonio, por ejemplo en la última pregunta se le hablaba de no hacer interpretaciones, no le pregunté si se hizo una interpretación de este documento, sino que si lo había utilizado o no para efectos de la discusión, la respuesta es sí o no y no dar su interpretación del mismo.

Entonces noto cierto sesgo en la testigo a efectos de conducir al Tribunal a una idea que ella quiere introducirnos a todos, entonces yo la tacho por sospecha".

La tacha contra el testigo José Luis Suárez Parra, se formuló en audiencia de 19 de septiembre de 2017 así:

"Dra. Correa: Dado que el testigo acaba de manifestar que es socio de Gómez Pinzón Zuleta, lo que supongo que comporta que es socio del señor apoderado de la parte convocada, en los términos del artículo 211 del Código General del Proceso procedo a formular tacha en contra del testigo porque creo que esta circunstancia puede afectar su imparcialidad y su credibilidad."

Sobre la tacha de los testigos, el artículo 211 del Código General del Proceso establece:

"ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

"La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso."

Esta norma busca garantizar la objetividad de la decisión que se adopte, de manera que los testimonios sean valorados con mayor rigor cuando existan motivos que afecten la credibilidad e imparcialidad del testigo por su vínculo o relación con alguna de las partes o sus apoderados. Lo anterior no significa entonces que deba excluirse el testimonio del proceso, sino que el Tribunal deberá ser aún más cuidadoso en su valoración, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso y a la luz de las demás pruebas que obren en el expediente.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha expresado que:

*"Conforme a la doctrina constitucional el juez no tiene facultad para abstenerse de valorar un testimonio que considere sospechoso. En su lugar, debe efectuar una práctica más rigurosa del mismo y una evaluación detallada de cada una de las afirmaciones que lo compongan. En conclusión el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. Sólo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebida o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso."*²⁰³

Comoquiera que el artículo antes transcrito, dispone que los motivos y pruebas de la tacha deben apreciarse en la sentencia, corresponde entonces al Tribunal resolverla, no sin antes advertir que, tal como la norma citada dispone, el juez debe apreciar los testimonios sospechosos *"de acuerdo con las circunstancias de cada caso"* y acorde con las reglas de la sana crítica.

Observa el Tribunal que las tachas se fundamentan en el hecho de la relación de dependencia de la testigo Arango Olaya y en el vínculo del testigo Suarez Parra con la firma de abogados que representa a la Convocada.

²⁰³ Expediente T-1132315, Actor: Johana Luz Acosta Romero, Sentencia T-1090/05, Magistrado Ponente: CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, Sala Novena Corte Constitucional, Sentencia T-1090/05.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

Debe destacarse entonces, que es necesario destacar la posición relevante que tienen los testigos frente a los hechos relacionados con este proceso, lo que sin lugar a duda les permite tener una apreciación directa de los mismos para exponerlos a los árbitros, como en efecto lo hicieron.

Si bien es cierto que existe un vínculo de los testigos con cada una de las partes que los citaron al proceso, lo que podría llegar a afectar su imparcialidad al declarar, es claro que no resulta razonable que exclusivamente por dicha circunstancia o condición sean desechadas sus declaraciones que para este caso concreto son ilustrativas para lograr el esclarecimiento del conflicto sometido decisión arbitral.

En el presente caso, el Tribunal ha realizado una concienzuda valoración de todas y cada una de las pruebas allegadas, y en particular del contenido de los testimonios tachados respecto de las demás pruebas del proceso, particularmente las pruebas documentales y los dictámenes periciales que objetivamente dan cuenta de lo que aquí se reclama, y en el presente caso, no encuentra elementos que le permitan desconocer la credibilidad de los declarantes, no obstante lo anterior, ha analizado con mayor rigor sus testimonios tal y como obliga la ley. Por la anterior circunstancia llevará a que se desechen las tachas formuladas por los apoderados de las partes.

5. DICTAMEN PERICIAL PRESENTADO POR JAIME ARAGÓN CALVO

En relación con el dictamen pericial elaborado por el matemático Jaime Aragón, vinculado en la fecha de la audiencia de contradicción a la sociedad PayU, el Tribunal precisa que su vinculación con la convocante fue inicialmente prevista para una labor de valoración o justiprecio de una iniciativa o propuesta y posteriormente se convirtió en un dictamen, como surge de lo dicho en la audiencia de contradicción. Por lo demás, con prescindencia de que haya sido conocida la previa relación o vínculo de prestación de servicios profesionales de asesoría con la parte demandante para la valoración de una propuesta que posteriormente cambió a pericia, la misma que se aportó por la demandante, a lo que se hizo mención en audiencias y en la oportunidad de alegaciones de conclusión. El Tribunal, valorados los distintos elementos de juicio y con arreglo al artículo 235 del Código General del Proceso, ha procedido a negarle efectos al dictamen pericial rendido por el perito Jaime Aragón Calvo.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

6. EL JURAMENTO ESTIMATORIO

En lo que concierne al juramento estimatorio, debe destacar el Tribunal que a pesar de que no se accedió a la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda, en el presente caso no hay lugar a imponer en contra de la parte Convocante la sanción establecida en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, toda vez que, en opinión de este Tribunal arbitral, dicha sanción sólo procede en aquellos casos en que las pretensiones de la demanda hayan sido negadas por ausencia de prueba de los perjuicios reclamados y cuando dicha circunstancia se deba al actuar negligente o temerario de la parte. En el presente caso, se accedió a la mayoría de las pretensiones de condena de la demanda principal, y la no prosperidad de algunas de las pretensiones contenidas en la demanda, correspondió a razones distintas a la ausencia o deficiencia en la prueba del daño, tal como se expresó en el texto de la presente providencia. Tampoco se observa temeridad o fraude en la estimación presentada por la convocante, por lo que no procede la imposición de la sanción consagrada en el artículo 206 del Código General del Proceso.

Adicionalmente, se destaca que el juramento estimatorio fue objetado por la sociedad convocada en el escrito de contestación de la demanda, motivo por el cual perdió su calidad de prueba de las sumas pretendidas por la convocante.

7. COSTAS

El artículo 365 del Código General del Proceso en lo pertinente a esta actuación dispone:

"Artículo 365. Condena en costas.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

*casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.
Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera
desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas,
una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo
dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación
que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la
de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la
segunda.*

(...)

*8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que
se causaron y en la medida de su comprobación. (...)"*

En el presente caso, al haber prosperado un porcentaje muy relevante de las pretensiones contenidas en la demanda principal, y toda vez que fueron denegadas todas las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención, el Tribunal procederá a condenar a la Convocada (demandante en reconvención) al pago del 75% de las costas en las que incurrió la parte Convocante.

Las costas se encuentran compuestas por las expensas, que son aquellos gastos judiciales en que las partes incurrieron por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como "los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso" (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º). Ambos rubros, expensas y agencias en derecho, conforman el concepto genérico de costas, luego el juez, al momento de realizar la respectiva condena, debe tener en cuenta tal circunstancia.

El Tribunal por lo tanto procederá a realizar la correspondiente condena en costas así:

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

Concepto	Valor
50% de los honorarios para los tres árbitros (sin IVA)	\$1.106.575.500.00
50% de los Honorarios del Secretario (sin IVA)	\$184.429.250.00
50% de los Gastos de Administración del Centro de Arbitraje (sin IVA)	\$184.429.250.00
Pago de los gastos de la pericia rendida por el perito Victor Yockteng	\$100.000.000.00
Pago de gastos de la pericia rendida por Jega Accounting House Ltda.	\$46.742.763
Pago de los honorarios del perito Victor Yockteng	\$60.000.000.00
Pago del 50% de los honorarios del perito Jega Accounting House Ltda.	\$35.000.000.00
Otros Gastos	\$6.066.000.00
Total	\$1.723.242.763.00

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente el 75% de las expensas que corresponderían a la parte Convocada, asciende a la suma de \$1.292.432.072.00

En tratándose de agencias en derecho, rubro que igualmente hace parte de las costas fija por tal concepto la suma de \$400.000.000.00.

En consecuencia, la condena en costas en el presente asunto, que habrá de imponerse a favor de la Convocante y en contra de la Convocada, asciende a la suma de \$1.692.432.072.00.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "*Otros gastos*", se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar a la parte Convocante que fue quien realizó el pago de la totalidad de los honorarios, tal como se dejó constancia en la parte inicial de esta providencia.

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre la **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS**, como Convocante y demandante, y demandada en reconvención e **IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**, como parte Convocada y Demandada, y demandante en reconvención, en el contexto de las consideraciones que anteceden, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: Declarar imprósperas las excepciones propuestas por la parte convocada, denominadas *"Cumplimiento del Contrato por parte de IGT", "Inexistencia de daño", "La fijación del monto a reconocer a la concedente por el uso del sistema para operar y explotar otros juegos de suerte y azar debe atender parámetros distintos a los tenidos en cuenta por la concedente", "Inexistencia de solidaridad legal o contractual entre IGT y las sociedades constituyentes", "Buena fe de IGT" y la "Excepción innominada o genérica".*

SEGUNDO: Declarar que prospera la excepción titulada *"Improcedencia de reconocimiento de intereses"*.

TERCERO: Declarar que prosperan las pretensiones 4.1.1., 4.1.2., 4.1.3., 4.1.4., 4.1.5., 4.1.7, 4.1.8., 4.1.9., 4.1.10., 4.1.11., 4.1.12. y 4.1.13. de la demanda principal.

CUARTO: Negar la prosperidad de las pretensiones 4.1.6., 4.1.14., 4.1.15, y 4.1.16 de la demanda principal.

QUINTO: Declarar que prosperan las excepciones propuestas por la parte convocada en reconvención tituladas *"Incumplimiento del contrato 887 de 2011 por parte de la CONCESIONARIA en lo relativo a la obligación de pago de contraprestación por la operación de otros juegos de suerte y azar y la prestación de servicios comerciales a través del SISTEMA concesionado", "La presentación de los elementos el SISTEMA contenida en la reforma de la demanda de reconvención se aparta del contenido del contrato 887 de 2011".*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

No prosperan las excepciones "Inexistencia de autorización para la concesionaria de arrendar el SISTEMA CONCESIONADO" y la titulada "Violación del artículo 28 del ECAP y por tanto uso indebido de bienes de propiedad estatal".

SEXTO: Negar la prosperidad de las pretensiones primera a octava del primer grupo de pretensiones, junto con sus subsidiarias, de la demanda de reconvencción reformada, denominadas "PRETENSIONES PRINCIPALES", y negar las pretensiones primera a quinta del segundo grupo de pretensiones, junto con sus subsidiarias, de la demanda de reconvencción reformada, denominadas "PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DEL PRIMERO GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES"

SÉPTIMO: Condenar a **IGT GAMES S.A.S.** a pagar a la **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS**, la suma de \$4.946.452.965.00, suma actualizada por el IPC a la fecha del presente laudo, por concepto de uso del SISTEMA de propiedad de la entidad estatal, para la operación de juegos de suerte y azar, durante todo el tiempo de ejecución del contrato 887 de 2011. Esta suma devengará intereses moratorios a partir de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral, hasta el día del pago efectivo total, a la tasa más alta legalmente procedente.

OCTAVO: Condenar a **IGT GAMES S.A.S.** a pagar a la **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS**, la suma de \$12.300.592.605.00, suma actualizada por el IPC a la fecha del presente laudo, por concepto de uso del SISTEMA de propiedad de la entidad estatal, para la prestación de servicios comerciales, durante todo el tiempo de ejecución del contrato 887 de 2011. Esta suma devengará intereses moratorios a partir de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral, hasta el día del pago efectivo total, a la tasa más alta legalmente procedente.

NOVENO: Condenar a **IGT GAMES S.A.S.** a pagar a la **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS**, la suma de \$1.692.432.072.00, por concepto de costas, que

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**

deberá cancelar dentro del término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral.

DÉCIMO: Declarar que no hay lugar aplicar la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva.

UNDÉCIMO: Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los Árbitros y el Secretario por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal. Las partes entregará a los Árbitros y al Secretario los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.


DUODÉCIMO: Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y el Secretario, para lo cual, el Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

DÉCIMO TERCERO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, con las constancias de ley.

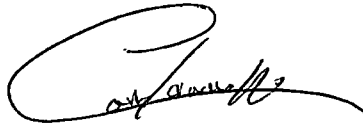
DÉCIMO CUARTO: Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en la oportunidad procesal correspondiente.

Notifíquese y Cúmplase.

Dado en Bogotá D. C., a los 8 días del mes de abril de 2019.


ALEJANDRO VENEGAS FRANCO
Presidente

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO
ADMINISTRADORA DEL MONOPOLIO RENTÍSTICO DE LOS JUEGOS DE
SUERTE Y AZAR-COLJUEGOS
VS.
IGT GAMES S.A.S. (antes GTECH S.A.S)**



CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
Árbitro



ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Árbitro



CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario